

MODALIDADES DE REPARACIÓN Y ADECUACIÓN AL TIPO DE VÍCTIMA

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este artículo analiza las modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima en la primera sentencia de reparación de la Corte Penal Internacional. El caso *Lubanga* marca un hito en el derecho penal internacional, dado que por primera vez un individuo que comete crímenes internacionales es obligado a reparar el daño a las víctimas. El sistema penal internacional diseñado en el Estatuto de Roma otorga merecida relevancia a la víctima, y por eso la primera sentencia de reparación justifica un análisis pormenorizado de las formas de reparación según los tipos de víctimas que pueden beneficiarse de esta reparación. El artículo analiza de forma crítica el contenido de la sentencia de la Cámara I del 7 de agosto de 2012 y se refiere a los aspectos procesales de la reparación a la víctima en el sistema internacional. También trata la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la Corte Interamericana, en el derecho penal internacional y analiza la posibilidad de una probable orientación del sistema penal internacional a la reparación de la víctima.

Palabras clave: víctima, reparación, derecho penal internacional, Corte Penal Internacional, justicia restaurativa.

ABSTRACT. This paper studies the modalities of reparations and their adequateness for the type of victim in the first judgment on reparations issued by the International Criminal Court. The *Lubanga* case is a landmark in international criminal law since for the first time an individual who committed international crimes is forced to repair the harm inflicted on the victims. The international criminal system created by the Rome Statute gives victims a well-deserved relevant position. This is why the first judgment on reparations prompts an analysis of the forms of reparations according to the groups of victims that can be beneficiaries. This paper is a critical analysis of the contents of the decision rendered by Trial Chamber I on 7 August 2012 regarding the procedural aspects of reparations to victims in the

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

international system. It also deals with the influence of international human rights law, particularly the law of the Inter-American Court, on international criminal law and examines the possibility that the international criminal system might focus on awarding reparations to victims.

Key words: victim, reparations, international criminal law, International Criminal Court, restorative justice.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit den Modalitäten der Wiedergutmachung und dem Bezug zur Opfereigenschaft im ersten Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs über Reparationen. Der Fall *Lubanga* stellt einen Meilenstein im internationalen Strafrecht dar, da zum ersten Mal eine Person, die internationale Verbrechen begangen hat, zur Wiedergutmachung des Schadens gegenüber den Opfern verpflichtet wird. Das im Rom-Statut niedergelegte internationale Strafrechtssystem räumt den Opfern eine besondere Bedeutung ein, weshalb das erste Urteil zu Wiedergutmachungsleistungen eine umfassende Betrachtung der Wiedergutmachungsformen rechtfertigt, zu denen die Opfer je nach Opfertyp berechtigt sind. Der Artikel untersucht kritisch den Inhalt des Urteils der 1. Kammer vom 7. August 2012 und geht dabei auf die prozessrechtlichen Aspekte der Opferwiedergutmachung im internationalen System ein. Außerdem befasst er sich mit dem Einfluss des internationalen Rechts der Menschenrechte, insbesondere des Interamerikanischen Gerichtshofs, auf das internationale Strafrecht und analysiert die Möglichkeiten einer Ausrichtung des internationalen Strafrechtssystems auf die Wiedergutmachung für die Opfer.

Schlagwörter: Opfer, Wiedergutmachung, internationales Strafrecht, Internationaler Strafgerichtshof, restaurative Justiz.

1. Introducción

1. El 21 de junio de 2004 la CPI inició su primera investigación penal contra Thomas Lubanga Dylo,¹ por crímenes de guerra cometidos en la RDC. La guerra arrojó un resultado de 60.000 muertos y miles de desplazados.² Lubanga no solo reclutó entre 2002 y 2003 a “niños soldados” para la guerra, sino que “esclavizó sexualmente a niñas” durante el conflicto. El caso fue remitido a la CPI por el Estado en el que se cometieron

¹ Lubanga es un genuino producto de la segunda guerra del Congo (1998-2003), fundador de la Unión de Patriotas Congoleseos con la que participó de una guerra entre las etnias hema, lendu, ngiti y bira por el control de minas de oro en Ituri.

² <<http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/82e40cb7b2f9779a08b92eae3d2009ce>>.

los crímenes, una vez que el fiscal manifestó públicamente su intención de iniciar una investigación penal. El entonces fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, haciendo uso de la oportunidad, apenas inició acciones contra Thomas Lubanga por algunos crímenes de guerra,³ renunciando a su persecución por los crímenes de naturaleza sexual.⁴ Los esfuerzos denodados de las víctimas por ampliar la imputación no tuvieron eco en la CPI debido a los recursos de apelación de la Defensa y la Fiscalía. Finalmente, el primer caso ante la CPI con sentencia firme condenó a Lubanga como coautor (artículo 25) de crímenes de guerra (artículo 8) por haber reclutado (“*conscripting and enlisting*”) a menores de quince años de edad para ser utilizados como combatientes en el conflicto armado entre las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) entre setiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003 en Ituri, República Democrática del Congo (RDC).

2. Además de haber recibido una pena, Lubanga fue condenado a la reparación de las víctimas.⁵ Según la CPI, la sentencia (de condena y de reparación) es una forma de reparación para todas las víctimas; sin embargo, no todas las víctimas han sido reparadas simbólicamente mediante el castigo de Lubanga (y, por tanto, tampoco serán reparadas materialmente), porque muchas víctimas de crímenes sexuales no fueron consideradas víctimas ni reparadas, debido a la selectividad con la que actúa el sistema penal internacional. Esta desconsideración de los legítimos derechos de las víctimas las ha privado de reconocimiento, de la devolución de su dignidad y de la reparación del daño. La sentencia, de todas formas, puede considerarse un hito en la historia del derecho penal internacional por cuanto la reparación de la víctima es considerada por primera vez

³ Luis Moreno Ocampo, “The International Criminal Court in motion”, en Stahn y Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 13 ss.

⁴ Esta decisión unilateral de la Fiscalía —que tiene relación con el objeto de este trabajo sobre la reparación de las víctimas— le valió el rechazo de la juez Odio Benito, de las víctimas y de gran parte de la comunidad internacional relacionada con cuestiones de género. Este fue solo uno de los errores procedimentales de la Fiscalía durante el proceso, y debido al ocultamiento de información al indagado, el juicio fue detenido para subsanar dichos errores. De todas formas no queda claro si la renuncia a la persecución se debió a que dichos crímenes no alcanzaron el umbral material para ser perseguidos o si se trató de una mera decisión de política criminal al no haber alcanzado dichos crímenes el umbral del “interés de la justicia”. Para que la renuncia se hubiera basado en el artículo 17 ER estos crímenes debieron haber sido perseguidos por la justicia de la RDC. Sería interesante conocer los motivos por los que estos crímenes no fueron perseguidos, dado que el exfiscal sostuvo que “as the prosecutor of the ICC, I was given a clear judicial mandate; my duty is to apply the law without political considerations and I will not adjust to political considerations”. Moreno Ocampo, o. cit., p. 18. Sobre este tema, Sergey Vasiliev, “Article 68 (3) and personal interest of victims in the emerging practice of the ICC”, en Stahn y Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, o. cit., p. 642.

⁵ Decisión del Trial Chamber I de 7.8.2012, ICC-01/04-01/06-2904, *Prosecutor vs. Lubanga, Decision establishing principles and procedures to be applied to reparations*.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

como una función propia de la justicia penal internacional. Esta sentencia muestra el camino cuando se trate de reparar los daños causados a miles de víctimas por aquellos responsables de la comisión de crímenes internacionales.

3. Esta contribución se ocupa de comentar las modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima que han sido individualizadas por la primera sentencia de condena emitida por la CPI.

2. La víctima y el derecho penal internacional: cuestiones normativas y procesales

1. En el ámbito del derecho humanitario e internacional, el término *víctima* era desconocido en las regulaciones anexas a la Convención de La Haya de 1907 y no fue hasta 1949, en la Convención de Ginebra, que la víctima alcanzó un lugar de relevancia. En el ámbito del derecho penal internacional, en los tribunales militares internacionales de Núremberg y de Tokio no hubo ninguna consideración hacia las víctimas, ni en cuanto a la posibilidad de participar en el proceso ni a ser beneficiarias de alguna modalidad de reparación. Fue a partir de la década del sesenta que los movimientos de víctimas comenzaron a hacer sentir su voz en cuanto al derecho a participar en los procesos penales, especialmente en aquellos sistemas del *common law* basados en un procedimiento adversarial en el que las víctimas eran “secundariamente victimizadas” en los interrogatorios llevados a cabo por la defensa. En la década del setenta del siglo XX la víctima se convirtió en un sujeto de interés para la criminología y se comenzó a hablar de la *victimología* para analizar la situación de las víctimas de los delitos (aunque también de catástrofes naturales). En la década siguiente la comunidad internacional se preocupó por mejorar la relación entre ella y el sistema penal.

En lo que respecta a la ciencia penal y la criminología, el interés por la víctima es un tema reciente. Producto de este interés es la Declaración de la ONU sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder, de 1985, que recomendaba a los Estados parte mejorar las condiciones de acceso a la justicia y de un trato más justo a las víctimas del delito.⁶ Los movimientos de víctimas, junto

⁶ Jo-Anne Wemmers, “The Meaning of Justice for Victims”, en Giora, Knepper y Kett (eds.), *International Handbook of Victimology*, Boca Ratón: CRC Press, 2009, p. 28.

con los movimientos feministas preocupados por las mujeres y niños víctimas de delitos traumatizantes y la propuesta teórica de una justicia restaurativa (JR) basada en la recomposición de las relaciones sociales mediante el diálogo entre autor y víctima o simplemente en la reparación del daño causado a la víctima, fueron todos elementos que condujeron a que en la década del noventa los tribunales penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda consideraran la situación procesal de las víctimas que se presentaran como testigos durante los procedimientos penales.⁷ El derecho de las víctimas a una reparación o, mejor dicho, la reparación considerada como un derecho de la víctima solo viene de la mano de los instrumentos regionales y universales de protección de los derechos humanos.

Esta posibilidad ofrecida por el derecho humanitario tuvo influencia en una etapa posterior de desarrollo del derecho penal internacional; así, el Estatuto de Roma (ER) ha consolidado no solo la posición procesal de la víctima en el proceso penal internacional, sino que ha introducido por primera vez el derecho a obtener la reparación del daño. Según la literatura, el reconocimiento internacional del derecho de la víctima a la reparación del daño es consecuencia de un largo camino recorrido en el que se destacan los Principios Básicos de ONU,⁸ la Declaración de Nairobi (para los derechos de las víctimas de género)⁹ y la jurisprudencia constante de la CIDH.¹⁰

Lo interesante de esta evolución y de la influencia del derecho humanitario en el derecho penal internacional es que la responsabilidad de la reparación a las víctimas ya no solo recae en los Estados, sino también en los autores individuales de las más graves violaciones a los derechos humanos. De alguna forma, esta evolución legislativa y jurisprudencial a escala internacional hoy permite que las víctimas puedan reclamar su derecho a la reparación tanto al Estado que incumple sus obligaciones internacionales de protección como a los criminales que atentan contra bienes jurídicos considerados dignos de protección universal.

⁷ Sam Garkawe, "Victims and the International Criminal Court: Three major issues", *International Criminal Law Review* 3, 2003, pp. 346-352.

⁸ *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (GA-Res. 60/147 v. 16.12.2005).

⁹ *Nairobi Declaration on women's and girls's right to a Remedy and Reparation*, 19-21.3.2007.

¹⁰ Stefanie Bock, "Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof nach Lubanga", *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik*, 7-8/2013, p. 297.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

2. El ER ha creado un marco normativo protector de las víctimas que considera sus derechos y necesidades. La participación procesal de la víctima durante el proceso penal (artículos 15.3, 19.3 y 82.4 ER), la creación de una unidad para víctimas y testigos dentro del registro (artículos 43.6 y 68.4 ER) y la posibilidad de que la víctima obtenga la reparación del daño causado por el culpable de cometer crímenes internacionales previstos en el ER (artículo 75) es una situación que no tiene parangón en el derecho penal internacional.¹¹ A su vez, cuando los Estados implementan el ER en sus respectivos ordenamientos están aceptando esos mismos derechos en el ordenamiento jurídico nacional. Claro está que la víctima tendrá que demostrar un interés personal en la reclamación de reparación y probar que el crimen cometido está directamente relacionado con el daño, la pérdida o el menoscabo sufrido (artículo 68.3 ER). Por eso, la primera sentencia de condena y la primera sentencia de reparación tienen una importancia superlativa en lo que concierne al derecho penal internacional y nacional.¹²

3. El ER no ofrece una definición de reparación del daño a la víctima. El artículo 75 ER consagra que la CPI podrá establecer los principios generales de la reparación de las víctimas, que deberán incluir la “restitución, compensación y rehabilitación”. Sin embargo, el ER no establece si existe una prioridad en las modalidades de reparación, lo que otorga aun mayor poder discrecional a la CPI. Estos principios guardarán relación proporcional con el daño causado (artículo 75.1), porque la finalidad de la reparación es la compensación de los daños físicos, psíquicos, emocionales y materiales sufridos por las víctimas.¹³ La CPI podrá emitir una orden de reparación en contra del condenado o derivar la reparación al Fondo de Reparaciones (artículo 75.2).¹⁴

¹¹ Willian Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4.^a ed., Cambridge University Press, 2011, p. 342. Téngase en cuenta que se trata tan solo de una posibilidad porque el ER no obliga a la reparación del daño. Véase Bock, o. cit., p. 299.

¹² En líneas generales, de la combinación de los artículos 75 y 68.3 ER se puede decir que la participación procesal de la víctima no responde a un objetivo de reparación o restaurativo (si bien el ER persigue la posibilidad de pacificación y reconciliación de las sociedades en conflicto), sino a un sistema que admite una orientación a las necesidades de las víctimas, entre las que reconoce su derecho a la reparación. El objetivo inmediato del proceso ante la CPI no es la reparación de la víctima (individual o colectiva), sino la imputación penal del autor por los crímenes internacionales. La reparación de la víctima es un objetivo mediato del ER, que reconoce que dentro del concepto de *interés de la víctima* no solo aparece la aplicación de una pena al autor de los crímenes sino también la reparación del daño causado.

¹³ Stefanie Bock, *Das Opfer im Verfahren vor dem IstGH*, Berlín: Dunckler & Humblot, 2010, p. 52.

¹⁴ Este fondo es un mecanismo sui generis creado para el beneficio de las víctimas (y también para sus familiares) de crímenes internacionales competencia de la CPI. La literatura lo considera un mecanismo propio de justicia de transición. Véase Katharina Peschke, “The Role and Mandates of the ICC Trust Fund for Victims”, en Thorsten Bonacker

Este fondo tiene una importancia superlativa en casos de macrovictimización, porque cuenta con un mandato doble (uno jurisprudencial y otro normativo) para cumplir con una función de compensación.¹⁵ Por un lado, está supeditado y mandatado por las órdenes de reparación que la CPI pueda emitir contra el condenado. La orden de reparación debe referir a cualquier daño, pérdida o menoscabo que sufran todas las víctimas de los crímenes que *ratione materiae* son jurisdicción de la CPI. Por otro lado, según un mandato normativo, el Fondo de Reparaciones tiene un objetivo de asistencia general a las víctimas (por ejemplo, mediante la rehabilitación física y psíquica, así como la asistencia material en cuestiones económicas, educativas, etcétera) que requiere una intervención inmediata.¹⁶ Este mandato general de asistencia, a diferencia de la orden de reparación, no está exclusivamente ligado al proceso penal ni depende de la declaración de culpabilidad del causante de los daños,¹⁷ porque el Fondo de Reparaciones cumple con un mandato humanitario de “asistencia general”.¹⁸

Ahora bien, como mecanismo *sui generis* de justicia de transición (JT) en el marco del ER, el Fondo de Reparaciones no es un mecanismo de asistencia de la comunidad internacional cualquiera, sino uno inmerso en el marco del derecho penal internacional cuya intervención tiene un significado simbólico que liga a la víctima con el crimen internacional. Es decir, su intervención ya implica el reconocimiento de que estamos frente a una víctima que ha sufrido uno de los más graves ataques contra los derechos humanos. Esta forma de intervención, sin lugar a dudas, tiene un efecto de reparación vinculado al crimen internacional y cumple —de algún modo— con una función reparadora o restaurativa.¹⁹

y Christoph Safferling (eds.), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Springer, 2013, p. 318. Si consideramos que la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* muestra que los autores son generalmente insolventes (así como también lo ha demostrado el caso *Lubanga*), se debe de interpretar como un gran acierto del ER la posibilidad de que los Estados y otras entidades colaboren mediante donaciones con un fondo destinado a reparar a las víctimas.

¹⁵ Véanse la regla 98.2 y las reglas 59 ss. de la Regulación del Fondo de Reparaciones (Regulations of the Trust Fund for Victims), ICC-ASP/4/Res. 3, de 3.12.2005.

¹⁶ Sobre el tema, Dinah Shelton y Thordis Ingadottir (dir.), *The International Criminal Court Reparations to Victims of Crimes (Article 75 of the Rome Statute) and the Trust Fund (Article 79). Recommendations for the Court Rules of Procedure and Evidence*, Nueva York: New York University, 1999.

¹⁷ Peschke, o. cit., p. 320.

¹⁸ Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 298.

¹⁹ La literatura sostiene que la intervención del Fondo de Reparaciones cumple una función de reparación de las víctimas individuales mediante las distintas formas de rehabilitación y también una función de reparación de las víctimas colectivas porque promueve la reconciliación y la reconstrucción del tejido social. *Ibidem*, p. 322; Kris

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

4. Una cuestión a resolver es si este artículo 75 ER permite sostener que estamos frente a un modelo de JR o si encaja de forma complementaria en un modelo de justicia retributiva.²⁰ En el ER la víctima tiene —con ciertos límites— un derecho al proceso (artículo 65.4 ER), puede intervenir procedimentalmente y tiene derecho a ser protegida en su integridad moral y física por su participación procesal (artículo 68, regla 89). Todo el procedimiento penal está dominado por el *fair trial*, de modo que la participación de la víctima no podría afectar a este principio general implicando una disminución de los derechos y garantías del autor.

La posibilidad de que la víctima pueda expresar sus “puntos de vista e intereses” es un gran avance del ER con relación a los tribunales internacionales *ad hoc*, una muestra de la finalidad reparadora y una orientación a la víctima del sistema penal internacional. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que este sistema se encuentra a caballo entre la justicia retributiva y la JR, en el que la última complementa a la primera. Pero esta propuesta ha sido vista de forma negativa o al menos cuestionada, porque la JR justamente quiere sustituir y no complementar a la justicia retributiva. En realidad, el sistema del ER no se condice plenamente con la propuesta de la JR, sino que es un sistema de justicia retributivo que permite la participación procedimental de las víctimas, pero no con el objetivo último y/o principal de que el autor y la víctima puedan llegar a un acuerdo de reparación que permita prescindir de la pena.²¹

El sistema del ER tampoco opera como un foro público en el que la víctima puede participar para contar su historia, como una forma de reparación simbólica o como una comisión de la verdad para la elaboración del trauma y la reparación del daño por medio de la catarsis y el reconocimiento público del delito y de su condición de víctima. En el ER la víctima solo puede participar en un contexto de búsqueda probatoria para una

Brown, “Commemoration as Symbolic Reparation: New Narratives or Spaces of Conflict?”, *Human Rights Review*, 2013, Springer, p. 275.

²⁰ Sobre el tema de la complementariedad entre la JR y la justicia retributiva, Pablo Galain Palermo, “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”, en Da Costa Andrade, Aires de Sousa y João Antunes (eds.), *Stvdia Ivridica 100. Ad Honorem-5. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 821-858.

²¹ Algunos autores sugieren incluso que la reparación cumple con una función punitiva y que la CPI debería determinar estas cuestiones en la sentencia de condena. Véase Andreas O’Shea, “Reparation under International Criminal Law”, en Max du Plessis y Stephen Peté (eds), *Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*, Intersentia, 2007, p. 189.

imputación penal (aunque también tenga la posibilidad de ser reparada una vez que el autor es hallado culpable).

El ER permite hablar de un sistema de justicia penal orientado a la víctima, en tanto permite y admite la reparación como una cuestión judicial y penal; pero no califica como un sistema de JR en el que la participación de la víctima y del autor tiene la finalidad de la reparación del daño y de procurar la reconciliación social de las partes o de que estas puedan llegar a un acuerdo de reparación como fin del procedimiento en el que dicho encuentro tiene lugar.²² Esta idea se reafirma con el preámbulo del ER, que deja en claro que el sistema penal diseñado por el ER no se ocupa primordialmente de los intereses de la víctimas, ni de la relación futura entre estas y los victimarios, sino que se enmarca en los mecanismos para la lucha contra la impunidad, remarcando su naturaleza punitiva e incluso, se podría decir, una finalidad retributiva del castigo.

5. Tampoco se puede hablar de que el ER constituye un sistema mixto punitivo-reparador según las coordenadas de la JR, sino que hay que hablar de un sistema que contiene instancias punitivas e instancias reparadoras. La literatura es pacífica en que en el sistema del ER la reparación no tiene naturaleza punitiva en tanto ella se deriva del artículo 75 ER y las penas están determinadas en el artículo 77 ER, así como también surge de la regla 218 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) que obliga una separación entre las órdenes de reparación o de punición.²³ Por eso, la posibilidad que brinda el artículo 79.2 ER se interpreta como una forma de financiación del Fondo de Reparaciones, que en el sistema adoptado por el ER no puede ser interpretada ni considerada como una medida de naturaleza mixta punitiva-reparadora. Véase que si se trata de una medida de esta naturaleza el responsable de la reparación ya no sería el autor, sino el Estado al que el autor pertenece o la propia comunidad de Estados, difuminando la relación entre el hecho y el nexo causal que permite la imposición de la condena de reparación.

6. Pero la reparación solo es una de las posibles consecuencias jurídicas que pueden acompañar a la eventual condena del autor individual de alguno de los crímenes previstos entre los artículos 5 y 8 ER. Junto con la reparación el tribunal puede aplicar multas

²² Para un sector de la literatura, la reparación en el sistema del ER es una forma de sanción penal compensatoria. Véase Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 237.

²³ Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Nueva York: Cambridge University Press, 2012, pp. 77 s. Esta interpretación la basa en el artículo 31.1 de la Convención de Viena para la Interpretación de los Tratados, del 23.5.1969.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

o *forfeitures*. Según el ER, la CPI tiene la potestad de imponer, junto con la pena, la reparación del daño a la víctima del delito (“*restitution, compensation and rehabilitation*”). La forma en la que todas estas consecuencias pueden ser determinadas en la sentencia surge del artículo 78.1 ER.

7. El ER permite a las víctimas participar en la fase de reparación, lo que podría llegar a ser interpretado como una forma simbólica de reparación, por cuanto le reconoce a la víctima el derecho a intervenir procesalmente en defensa de sus intereses o sus derechos.

8. Según establece la regla 56 RPP, la CPI puede escuchar a las víctimas, obligándolas como contrapartida a hacer uso de la potestad de intervenir activamente en el procedimiento. En los pocos años de vida de la CPI, las víctimas han participado de los procesos penales, compareciendo y colaborando mediante el aporte de pruebas no solo del daño sufrido, sino también de pruebas incriminatorias que puedan servir para fundar la imputación de responsabilidad. Esto ha llevado a que en la práctica, inspirados en el modelo procesal anglosajón, los jueces separen la fase de imputación de la fase de determinación de la sentencia de condena. Desde un punto de vista procedimental, el imputado puede apelar tanto la sentencia de imputación como la de condena, que es aquella que incluye la reparación a la víctima.

3. El concepto de reparación a la víctima en el derecho internacional

3.1. Tipo de víctima

1. En la normativa internacional no existe una única definición o un concepto general de víctima, sino que coexisten distintas definiciones según diferentes categorías. El propio ER en la definición de los crímenes se refiere a grupos o colectividad de víctimas, “población” o “población civil”, y no a víctimas individuales. El derecho penal internacional —debido a lo masivo del daño causado— protege a un “colectivo” de víctimas, la propia existencia del grupo como tal, si bien también protege la vida e integridad física de los miembros de dicho grupo.

2. La ausencia de este concepto general o uniforme de lo que se entiende por víctima, sin embargo, no representa ningún tipo de indefensión para las víctimas. Según la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos

y Abusos de Poder, de las Naciones Unidas (1985), se entiende que víctimas de violencia y delito son:

[...] todas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Esta definición ha servido de base para leyes nacionales cuya entrada en vigor pretende poner fin a un conflicto armado y dar inicio a un proceso de justicia de transición.

3. Una concepción amplia del concepto de víctima utilizado por la ONU incluye a los familiares directos de la víctima y hasta cualquier persona que haya sufrido daños al intervenir para prevenir la victimización o para asistir a la víctima directa. El concepto amplio de víctima se basa en algunos principios generales, entre los que se encuentra el que sostiene que el estatus de víctima es independiente de la situación procesal del autor, es decir, el estatus de víctima no requiere una declaración formal de delito (sentencia judicial), ni que el autor sea considerado responsable (así como tampoco importa si el autor es familiar de la víctima). El concepto amplio ni siquiera exige que el autor haya sido individualizado. Desde un punto de vista cuasiprocedimental se entiende que las víctimas tienen que ser tratadas con respeto y de forma digna, salvaguardando su vida privada y familiar. Este concepto amplio se basa en el *principio de no discriminación*.

4. El derecho penal, generalmente, utiliza un concepto restringido de víctima en tanto ella es el sujeto pasivo del delito o la persona ofendida por el delito, de un modo que parece supeditar la condición de víctima a la situación procesal y material del autor del delito.

5. Según las RPP,²⁴ por *víctimas*: a) se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

²⁴ Sección III: "Víctimas y testigos". Subsección 1: Definición de víctimas y principio general aplicable Regla 85 RPP, "Definición de víctimas".

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

6. En la perspectiva del ER la víctima es protegida más allá de su individualidad, porque de la propia definición de los crímenes internacionales aparece protegido el colectivo de víctimas.²⁵ Debido a las especiales condicionantes políticas en las que se cometen estos crímenes, a las víctimas hay que protegerlas de ulteriores victimizaciones, evitando una posible victimización secundaria.

7. En la literatura también se habla de víctimas directas (las que sufren el daño físico o psíquico, las pérdidas económicas o el menoscabo en sus derechos fundamentales como consecuencia de una acción u omisión que lesiona las normas internacionales que protegen tales derechos) y víctimas indirectas (para abarcar a los familiares o dependientes inmediatamente relacionados con la víctima directa y a las personas que sufran daños en el momento de intervenir en la asistencia de las víctimas en peligro o para prevenir la victimización).

8. A los efectos de este trabajo, que se refiere a la reparación de la víctima según la jurisprudencia de la CPI, utilizaremos un concepto reducido de víctima, en tanto el ER se concentra en la reparación de las víctimas que se apersonan en el procedimiento y exigen ser reparadas. La reducción conceptual también viene dada porque la reparación queda vinculada a los cargos que se imputan al autor en la sentencia de condena, de modo que la reparación de las víctimas se ve limitada por la imputación penal (con independencia que se trate de víctimas directas o indirectas). En definitiva y a los efectos prácticos, este concepto de víctima está supeditado a la reparación, que a su vez está supeditada a la imputación penal, de modo que se trata de un concepto aún más reducido que el tradicionalmente utilizado por la doctrina del derecho penal.

Esta opción por un concepto restringido de víctima no significa desconocer la posibilidad de reparación simbólica de muchas otras personas que no se apersonaron durante el proceso penal, en cuanto hayan sido reconocidas como víctimas indirectas del delito en la sentencia de reparación de la CPI. Este tipo de víctima no constituye una categoría natural o universal sino que puede consistir en una construcción social, jurídica o cultural que abarque a grupos, colectivos o toda una comunidad.

²⁵ Véase que el tipo penal del genocidio, por ejemplo, exige que el autor tenga efectivo conocimiento de que la persona a la que "extermina" forma parte del colectivo y que su intención se dirige a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (artículo 6 ER). El genocida no quiere la muerte o "exterminio" de una persona, sino de todo un grupo del que dicha persona forma parte. Esto indica que una definición individual de víctima puede resultar irrelevante cuando en la motivación del autor dicha persona es victimizada por el hecho de pertenecer a un colectivo determinado.

3.2. Reparación a la víctima

9. La reparación es uno de los derechos fundamentales que componen el estatus legal internacional de la víctima. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU lo determinó en 1989 al formular el *draft* sobre Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law (Principles).²⁶ En líneas generales la reparación tiene que superar una paradoja definicional, pues ella se basa en una especie de retorno al *statu quo* anterior al delito; es decir, mediante la reparación se pretende devolver a la víctima a la situación en la que ella se encontraría en caso de no haber sufrido el delito.²⁷ El concepto de reparación,²⁸ por su parte, se compone de los conceptos de *restitución*,²⁹ *compensación*,³⁰ *rehabilitación*,³¹ *satisfacción*³² y la *garantía de no repetición*.³³ La reparación no es solo

²⁶ UN ESCOR, 56th Sess., Annex at 6-7, UN Doc. E/CN.4/2000/62.

²⁷ Naomi Roth-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, University of California, vol. 27, n.º 2, invierno 2004, p. 158.

²⁸ "Reparation must, as far as possible, wipe out all consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all possibility, have existed if that act had not been committed", *Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits)*, PCIJ, Series A, 17, 13.9.1928, p. 47. Marc Henzelin, Veijo Heiskanen y Guenaël Mettraux, "Reparations to victims before the International Criminal Court", *Criminal Law Forum*, 17, 2006, p. 331.

²⁹ *Restituir* es devolver las cosas a su estado original y consiste en que la víctima recupere su situación financiera, personal y legal como estaban antes de la comisión del delito. En casos de criminalidad grave se trata de devolver los títulos de propiedad sustraídos, la devolución de un trabajo o de la propia libertad, así como de una pensión o, incluso, del "buen nombre". Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

³⁰ *Compensar* es pagar en dinero a la víctima el equivalente al daño sufrido.

³¹ *Rehabilitar* guarda relación con la asistencia a la víctima para su reintegración a la vida social. Para ello se ofrece atención médica, psicológica, legal, social, etc. La rehabilitación es un concepto derivado de las políticas de paz (*peace-building*) y de programas socioeconómicos para sociedades en transición. Véase Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 332.

³² En el concepto de *satisfacción* la literatura engloba muchas de las medidas que tienen que ver con la no repetición de los hechos, como la posibilidad de la víctima de *contar su historia* públicamente ante una instancia oficial para cumplir con la necesidad de la justicia. Entre ellas también se ubican las medidas de dar a publicidad documentos oficiales secretos en los que aparezcan, por ejemplo, los nombres y cargos públicos de los autores de los crímenes. Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

³³ A nivel internacional, Cherif Bassiouni, *The Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Final Report of the Special Rapporteur, UN DOC. E/CN.4/2000/62, 18.1.2000. A nivel nacional, la Ley de Justicia y Paz colombiana incluye en el concepto de reparación la garantía de no repetición.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

material o individual, sino que puede ser simbólica³⁴ o colectiva.³⁵ Mediante la reparación la sociedad y el propio Estado reconocen el daño infligido a la víctima. De todas estas formas de reparación se puede decir que la rehabilitación es una de las medidas que deberían ser determinadas con mayor premura por la CPI.

Un aspecto a considerar en relación con la reparación de las más graves violaciones de los derechos humanos tiene que ver con la susceptibilidad que existe en las cuestiones que atañen a crímenes de la gravedad y magnitud de los cometidos por agentes estatales de hecho o de derecho y el modo de reparar ese daño. Frente a este tipo de crímenes de la mayor gravedad, cometidos desde el aparato de poder estatal y según políticas de Estado, las víctimas están totalmente desprotegidas antes, durante y después de la comisión del crimen. Muchos de ellos son crímenes de comisión duradera o cuyos efectos antijurídicos son permanentes, como acontece con la desaparición forzada de personas. En estos crímenes el estado de víctima es duradero. A ello hay que sumar que las víctimas se cuentan por miles, lo que podría complicar su participación procesal y prolongar en demasía los procesos penales.³⁶ Por todo esto, los crímenes son muy difíciles de reparar materialmente, razón por la que dejan expeditas las formas simbólicas y colectivas de reparación. Entre estas formas de reparación se encuentran aquellas medidas que se dirigen al reconocimiento oficial de los hechos, a la publicidad de los documentos secretos y a solicitar disculpas públicas a las víctimas. De especial importancia para las víctimas es que los autores de los crímenes reciban consecuencias jurídicas (penales, civiles o administrativas), que pueden ir desde la mera comparecencia ante la justicia hasta la remoción de sus cargos públicos (lustración).³⁷

10. La CIDH se ha ocupado de la reparación material de las víctimas individuales, pero también ha marcado una fuerte tendencia a la hora de reparar simbólica y colectivamente a las víctimas de graves violaciones contra los derechos humanos. En su

³⁴ Según la Ley de Justicia y Paz colombiana, se entiende por reparación simbólica "toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas" (art. 8). Véase Claudia López Díaz (coord.), *Manual de procedimiento de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2009, p. 125.

³⁵ Según la Ley de Justicia y Paz colombiana, "la reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia", especialmente las comunidades afectadas por la violencia sistemática. *Ibidem*, p. 126.

³⁶ Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 319.

³⁷ Roth-Arriaza, o. cit., p. 159.

jurisprudencia se detallan formas de reparación que permiten el descubrimiento de la verdad (desenterramiento de fosas comunes, identificación de cadáveres, búsqueda de desaparecidos, etcétera), la conservación de la memoria pública (memoriales, museos, monumentos, denominación de calles con nombres de víctimas, conservación de archivos, etcétera) o la exigencia de medidas de reparación vinculadas con la mejora de las condiciones de vida de una comunidad (construcción de hospitales y escuelas, reformas educativas, enseñanza sobre derechos humanos, reformas de las instituciones públicas vinculadas a las funciones de defensa nacional, de policía y de justicia, etcétera).³⁸

11. La reparación a la víctima según el derecho internacional, tanto en su faceta material como simbólica, cumple con una función dual que mira tanto al pasado como al futuro. Por un lado, compensa a la víctima de las pérdidas materiales y sirve para el reconocimiento oficial de su condición de víctima (lo que puede llegar a incluir la devolución de su buen nombre).³⁹ Por otro, puede llegar a sentar las bases de mejores condiciones de vida para todos los miembros de la comunidad y abrir la puerta para una reconciliación futura cuando ofrece la posibilidad de espacios públicos para “contar la verdad”.⁴⁰ En situaciones de extrema gravedad, la reparación simbólica (tanto individual como colectiva) cumple con una función reintegradora de las víctimas en relación con su rol en el seno de una comunidad y puede colaborar con la pacificación social.⁴¹

³⁸ Sobre el tema, Héctor Olásolo Alonso y Pablo Galain Palermo, “Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y el sistema de aplicación del derecho penal internacional del Estatuto de Roma”, en Ferrer y Herrera (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1261-1314.

³⁹ Además, ella puede incluir la satisfacción por la exposición pública de los nombres de los responsables y/o la obligación de comparecer ante la justicia (penal, civil, administrativa).

⁴⁰ Sobre el tema, Pablo Galain Palermo y Álvaro Garreaud, “Truth Commissions and the Reconstruction of the Past in the Post-Dictatorial Southern Cone: Concerning the Limitations for Understanding Evil”, en Ambos, Pereira Coutinho, Palma y Sousa Mendes (eds.), *Concerning the Limitations for Understanding Evil. Eichmann in Jerusalem - 50 years after. An interdisciplinary approach*, 2012, pp. 181-197.

⁴¹ Con relación a la posibilidad de “integración social” de la víctima mediante la reparación del daño, Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, México: Tirant lo Blanch, pp. 305 ss. Para casos de justicia de transición, Pablo Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, México: Tirant lo Blanch, en prensa.

3.3. Reparación a la víctima y adecuación de la reparación al tipo de víctima

12. La regla 85 RPP incluye en el concepto de víctima a las personas naturales que sufren un crimen tipificado en el ER, así como a las organizaciones e instituciones que sufran daños directos en cualquiera de sus propiedades dedicadas a la religión, educación, arte o ciencia y/o cualquier acción caritativa, y en monumentos históricos, hospitales y otros lugares u objetos utilizados para cuestiones humanitarias. El ER no exige un mínimo de daño sufrido por la víctima para poder reclamar una reparación.⁴²

13. La víctima cuenta con un catálogo de derechos que constituye una especie de *estatus legal internacional de la víctima*. El estatus legal de víctima exige a los Estados el respeto de un catálogo de derechos reconocidos internacionalmente por normas y jurisprudencia en el campo de los derechos humanos. Los Estados se ven obligados a proteger y respetar esos derechos, sea por acción u omisión, de modo que la víctima se encuentra protegida por el ordenamiento nacional e internacional, vías judiciales a las que tiene el derecho de acudir para denunciar cualquier violación a aquellos. El Estado está obligado a efectivizar los derechos de las víctimas y las víctimas tienen derecho a reclamar frente a cualquier violación de esos derechos. Ese estatus legal internacional de la víctima está compuesto por derechos como el de asistencia en casos de emergencia, a la asistencia continua, a la investigación y persecución penal, al acceso efectivo a la ley y a la justicia, a la protección de la vida privada y familiar, a la protección de la dignidad y seguridad, a la información, a la verdad, a la memoria y, en lo que aquí respecta, derecho a la compensación y reparación.⁴³

Estos últimos son proclamados por todas las normas internacionales que refieren a las víctimas. El solo hecho de su inclusión en el catálogo internacional de derechos otorga un gran valor y significado a la relación entre la condición de víctima y la obligación de reparar el daño causado. La norma internacional establece una relación lineal entre determinadas obligaciones para el autor de crímenes internacionales y los derechos de las víctimas resultantes de tales crímenes. De este modo se produce una vinculación entre los conceptos de *daño, responsabilidad, pena y reparación*.

Es notorio que el derecho a la reparación se vincula directamente con obligaciones del Estado y con los derechos de la víctima a la pronta y efectiva investigación de los

⁴² Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 325.

⁴³ Véanse con detenimiento estos derechos en Carlos Fernández, *International Law of Victims*, Springer eBooks, pp. 250 ss.

hechos y a una solución efectiva.⁴⁴ Si consideramos el ligamen entre estos derechos y que la reparación solo es posible cuando el autor es considerado culpable, parece claro que solo se da plena satisfacción al derecho a la reparación (como solución efectiva) cuando también se cumple con los derechos a la investigación penal que puede conducir a un castigo. De este modo, no es posible la mera compensación económica cuando se trata de crímenes internacionales, porque previamente existe una obligación de investigar y de castigar derivada del espíritu del ER.

14. El derecho a la reparación tiene como objetivo compensar los daños materiales e inmateriales causados a la víctima (directa e indirecta). El derecho internacional admite la reparación individual (a través de la restitución, la compensación y la rehabilitación) y la reparación colectiva (solicitud de perdón, reconocimiento de la responsabilidad por parte del Estado o de los autores, restauración de la dignidad, reconocimientos públicos, memoriales, etcétera). De todos ellos el principal objetivo es la restitución, siempre que ella sea posible. Este retorno al *statu quo ante* prioriza medidas económicas como la compensación, que según las leyes internacionales debe de ser justa, apropiada y rápida. Pero, siguiendo con el razonamiento del ítem anterior, se puede decir que la propia sentencia de condena y la posterior sentencia de reparación también cumplen con una función simbólica de reparación.

4. Víctima, reparación, JT y JR

1. Cuando nos referimos a la víctima en un contexto de JT o de JR, podríamos intentar una diferenciación de la cuestión de las víctimas según un nivel macro (JT, CPI) y un nivel micro (JR, CPI); sin embargo, en el contexto de JT pueden tener lugar soluciones propias de la JR, como la reparación simbólica que está contenida en un pedido de disculpas, la compensación material del daño o la promesa futura de no repetición del hecho del autor a la víctima.⁴⁵ El hecho formal de que la CPI está inmersa en un contexto determinado permite considerarla desde un punto de vista material como un mecanismo de JT, de forma de explicar de mejor modo la situación de la víctima como

⁴⁴ *Ibidem*, p. 253.

⁴⁵ Brandon Hamber, *Transforming Societies after Political Violence. Truth, Reconciliation and Mental Health*, Springer, 2009, p.101.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

un actor relevante desde el punto de vista procedimental y como un sujeto de derechos cuyos intereses deberían ser contemplados al momento de ejercer justicia (JR).⁴⁶

La CPI nace, al igual que la JT, como una justicia de excepción para dilucidar casos de extrema gravedad en cuanto al daño causado y al número de víctimas (*mass atrocities*), complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones nacionales, para la persecución y el castigo de los crímenes más graves y de los autores más peligrosos, aquellos con mayor responsabilidad en estructuras o aparatos organizados de poder que actúan por fuera de la legalidad. La CPI, como la JT, actúa con gran influencia de las condicionantes políticas o de la *Realpolitik*, moviéndose entre el “interés de la justicia” y la búsqueda de paz y/o seguridad mundial.⁴⁷

En este marco y a nivel macro, una abstención penal puede ser necesaria para facilitar el fin de un conflicto, aunque ello no contribuya a largo plazo con la reparación de las víctimas que a medida que transcurre el tiempo exigen su derecho a la justicia, la verdad (mejor expresado como *derecho a saber*) y la reparación.⁴⁸ Justamente estos tres derechos de las víctimas son reconocidos por el comité de expertos de las Naciones Unidas,⁴⁹ por la literatura de la JT y por las sentencias de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos.⁵⁰ La trilogía *derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a la reparación* es un derecho de la víctima y una obligación de los Estados y de

⁴⁶ La literatura incluso habla de una superposición entre los discursos de la JT y la JR, aceptando que la última pueda ser utilizada como una estrategia complementaria de la primera que facilite un acercamiento entre las partes enfrentadas y aumente la legitimidad de las instituciones estatales. La JR tiene un efecto “curativo” porque se concentra en la reparación del daño a la víctima y el reconocimiento de la responsabilidad por el autor. Los procesos de JR permiten además la integración de miembros de la comunidad al momento de buscar la solución del conflicto. Ahora bien, en un contexto de JT la “comunidad” apenas puede ser considerada como “todo aquel” o “todo aquello” distinto o que se diferencia del “Estado”. En un contexto de JT la víctima no será la individual sino la colectiva y el procedimiento de JR no se concentrará en recomponer la relación entre el autor y la víctima, sino en la cura y la reconciliación de una sociedad. En este contexto nos referimos a víctimas colectivas y, por eso, la JR tiene un objetivo de recomposición del tejido social que dependerá de vicisitudes políticas más que jurídicas en lo que se ha llamado una “justicia de compromiso” o una justicia que depende de las condiciones políticas. Véase Kerry Clamp y Jonathan Doak, “More than Words: Restorative Justice Concepts in Transitional Justice Settings”, *International Criminal Law Review*, 12, 2012, pp. 340 ss., 349, 354 s.

⁴⁷ Pablo Galain Palermo, “La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6, 2011, pp. 221 ss.

⁴⁸ Pablo Galain Palermo, “Übergangjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay”, *ZStW*, 125, 2, 2013, pp. 379 ss.

⁴⁹ Véanse los Principios contra la Impunidad; Diane Orentlicher, *Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity*, UN Commission on Human Rights, 18.2.2005, E/CN.4/2005/102. Puede consultarse en <www.refworld.org/docid/42d66e7a0.html>, (9.10.2013).

⁵⁰ Sobre el tema, Olásolo y Galain Palermo, o. cit., pp. 1271 ss.

la comunidad de Estados representada por la CPI. Esta trilogía van Boven la denomina “*the trilogy of basic justice*”.⁵¹

2. Si consideramos que los crímenes competencia de la CPI y las graves violaciones a los derechos humanos de las que se ocupan los procesos de JT son generalmente cometidos por el Estado o en su nombre y tienen detrás de sí una motivación política,⁵² entonces esta será una variable a considerar al definir la naturaleza y el monto de la reparación. Por supuesto que la gravedad de los ataques a los derechos humanos obliga a reparar en la medida de lo posible la situación actual de las víctimas en cuanto a su salud, vivienda, forma de vida, etcétera, pero al mismo tiempo deja abierta la posibilidad de que la reparación no sea únicamente monetaria sino que también pueda consistir en reparación simbólica.

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado (con independencia de la individualización de la responsabilidad penal de los actores como fruto de juicios penales o de la responsabilidad moral e histórica que pueden arrojar las comisiones de la verdad), la construcción de memoriales, monumentos, museos, la denominación de calles, edificios o instituciones con los nombres de las víctimas, el pedido público de disculpas, la construcción de escuelas u otro tipo de instituciones en las que la enseñanza de los derechos humanos ocupe un lugar primordial y otras formas de reparación simbólica serían de gran importancia ante crímenes muy difíciles de cuantificar desde un punto de vista material.

Lo cierto es que la búsqueda de la verdad será también una forma de intervención muy cercana a la reparación de la víctima, porque ella es también un derecho de la víctima. Esto sugiere que la búsqueda de la verdad no derive exclusivamente de la justicia penal, como podría pensarse surge de la jurisprudencia de la CIDH,⁵³ sino que pueda estar relacionada más estrechamente con la obligación estatal de reparación de las víctimas. Ello permitiría cumplir con el objetivo de reparación por medio de mecanismos alternativos al proceso penal, como pueden ser las comisiones de la verdad, por ejemplo,

⁵¹ Theo Van Boven, “Victim-Oriented Perspectives”, en Thorsten Bonacker y Christoph Safferling (eds.), *Victims of International Crimes: an Interdisciplinary Discourse*, La Haya: Asser Press, 2013, p. 22.

⁵² Johannes Freudenreich, “Entschädigung zu welchem Preis? Reparationsprogramme und Transitional Justice”, *Potsdamer Studien zu Staat, Recht und Politik*, 6, Universitätsverlag Potsdam, 2010, p. 28.

⁵³ Pablo Galain Palermo, “Relaciones entre el ‘derecho a la verdad’ y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 250 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

cuando en un proceso de JT se ha tenido que recurrir a una amnistía para poner fin a un conflicto o para disminuir el peligro de nueva ruptura del régimen democrático recuperado.⁵⁴

3. Siempre a nivel macro es esencial que la reparación —como mínimo— cumpla con los objetivos del derecho internacional humanitario, tanto en relación con la compensación monetaria como en relación con aspectos psíquicos o inmateriales (rehabilitación). Reparar a la víctima significa “resocializar a la víctima”,⁵⁵ el reconocimiento estatal del injusto y un alegato a favor de los derechos humanos.⁵⁶ La reparación, entonces, está estrechamente vinculada al “conocimiento de los hechos” (verdad) y al acceso a la justicia, de modo que resulta esencial para reparar a las víctimas que se haya suministrado el acceso a la justicia nacional e internacional.

Pero también, en ese mismo orden de ideas, se repara a la víctima cuando se la asiste de forma inmediata para favorecer su rehabilitación física y psíquica y para mitigar el daño causado. Esa reparación solo puede llevarla a cabo el Fondo de Reparaciones, incluso antes del comienzo de una investigación penal o del inicio del juicio penal. Y más importante aún: el Fondo de Reparaciones goza de una flexibilidad tal que le permite asistir en forma general a víctimas que después no califiquen procedimentalmente como víctimas; es decir, la asistencia general del Fondo de Reparaciones puede abarcar a aquellas personas que hayan sufrido daños y luego no se presenten formalmente como víctimas a reclamar justicia y reparación, así como a aquellas que lo hagan y no sean reconocidas como tales por la CPI.⁵⁷ La reparación por medio del Fondo de Reparaciones es un reconocimiento del injusto causado a la víctima que puede ser interpretado como un acto solidario con ella.⁵⁸

4. También parece que hay acuerdo en que la reparación del daño no puede operar como sustituto de la justicia (castigo penal) y de la búsqueda de la verdad.⁵⁹ Parecería

⁵⁴ Sobre el tema, Dirk Fabricius, “Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?” (trad. Pablo Galain Palermo y Ester Cascales), en Pablo Galain Palermo (ed.), *Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado ¿Justicia de Transición?*, México: Tirant lo Blanch, en prensa; Galain Palermo y Garreaud, o. cit., pp. 181-197.

⁵⁵ Este concepto es utilizado por autores como Freudenreich para graves violaciones a los derechos humanos y también ha sido utilizado por mí para los delitos comunes. Ver Freudenreich, o. cit., p. 142; Galain Palermo, *La reparación del daño...*, cit., pp. 322 ss.

⁵⁶ Freudenreich, o. cit., p. 142.

⁵⁷ Ver también Peschke, o. cit., p. 323.

⁵⁸ Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 300.

⁵⁹ Por todos, Freudenreich, o. cit., p. 142.

que existiera una relación de tiempo u oportunidad entre *reparación y justicia*, que debería incluir también el factor *verdad*, para determinar qué forma de reparación es necesaria en qué momento del proceso de JT. Estos tres elementos esenciales de la JT (justicia, verdad y reparación) no se sustituyen entre sí sino que se complementan. La doctrina del derecho penal internacional acepta que los fines de la pena⁶⁰ en esta área admiten que el castigo pueda ser sustituido por medios alternativos cuando dicha renuncia no proviene de una imposición de los transgresores de las normas en beneficio propio (por ejemplo, autoamnistía).

Formas alternativas a la pena podrían permitir el conocimiento de la verdad y la individualización de los responsables con independencia del proceso penal.⁶¹ De esta manera, formas alternativas al proceso penal permitirían reparar a la víctima en cuanto a su derecho a la verdad y a la individualización de los actores, que finalmente actúan como reconocimiento de la condición de víctima y sirven a una función reparadora.

Ahora bien, en mi opinión, el efecto comunicativo del derecho penal y de la pena no perdería su significado si el autor reconociera voluntariamente su responsabilidad y compensara voluntariamente a la víctima con su comportamiento positivo posterior.⁶² Este comportamiento incluye tanto formas materiales como simbólicas de reparación, que no pueden ni deben excluirse entre sí.⁶³ Véase que ante graves y masivas violaciones a los derechos humanos la reparación tendrá que asumir formas colectivas que disminuyan el daño (incluso actual) y brinden satisfacción a las necesidades básicas de miles de víctimas. En estos casos es cuando la reparación puede confundirse con las agendas de los *peacemakers* que pretenden implantar programas de reparación y desarrollo. Aquí la frontera entre la reparación (si es que esta se vincula al comportamiento posterior del autor) y los programas de reparación y desarrollo tiene que quedar bien demarcada.

⁶⁰ Los tribunales internacionales ad hoc y los tribunales híbridos existentes antes de la CPI no pudieron crear principios generales de determinación de la pena, cuya medida no ha respondido en ningún caso a la gravedad del daño causado. De este modo, la doctrina se pregunta por los fines de la pena en el derecho penal internacional, porque ellos no se ajustan a las clásicas definiciones relacionadas con las teorías absolutas y relativas de la pena. Los tribunales internacionales han aplicado generalmente penas benévolas a los criminales, y el caso *Lubanga* no ha sido la excepción. Véase Elisa Hoven, "Elf Stunden für ein Menschenleben - Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht", *ZStW*, 2013, 1, pp. 142-152.

⁶¹ Ver por todos Kai Ambos y Christian Steiner, "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2.ª época, n.º 12, 2003, pp. 208-210.

⁶² Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 342 ss.

⁶³ De la misma opinión, Van Boven, o. cit., p. 25.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

Parece que una cuestión que decidir en situaciones de políticas de ataques masivos y constantes en contra de un sector de la población civil es si atender de forma urgente e inmediata a las necesidades de las víctimas (programas de reparación y desarrollo) y/o dar prioridad a las formas judiciales de reparación contenidas, por ejemplo, en el ER, que vinculan al autor con el daño ocasionado y, subsidiariamente, a la comunidad internacional por medio del Fondo de Reparaciones. En mi opinión, estamos frente a formas disímiles de reparar que cumplen con distintas finalidades y objetivos. La reparación llevada a cabo por instituciones nacionales o internacionales no puede ser considerada una forma de reparación proveniente o atribuible al autor de los crímenes internacionales, porque estamos frente a formas de reparación que no pueden ser vinculadas con los objetivos de la JT y los derechos de las víctimas a “conocer”, “acceder a la justicia” y a la “reparación”. Esta discusión, sin embargo, debería quedar abierta.

5. La solución penal tiene que contar con el apoyo de la comunidad local, lo que lleva a la necesidad de que la propia sociedad sea la dueña del conflicto. Esta idea de “propiedad” sobre el conflicto, reclamada en criminología por Christie en la década del setenta,⁶⁴ es la misma que legitima la participación de la víctima en el ámbito internacional y la jurisdicción de la CPI. La justicia penal tiene que permitir a la sociedad local (cuyo representante natural es la víctima) participar del procedimiento, manifestarse mediante su presencia y la aportación de pruebas, apropiarse de alguna parcela del conflicto.⁶⁵ Además, la justicia penal internacional tiene que estar orientada al respeto y el entendimiento no solo de la legislación sino de la cultura local.

En ese sentido el mejor ejemplo puede ser Ruanda, donde la solución internacional apenas tuvo repercusiones en la sociedad ruandesa, que solo tomó conocimiento y pudo participar cuando fue aceptado el método tradicional de resolución de los conflictos.⁶⁶ El método tradicional *gacaca* no solo permitía responsabilizar y reprochar al culpable, sino también reintegrarlo a la comunidad, cumpliendo con la doble función de penar y reparar a la víctima directa y también de favorecer la reconciliación entre todos los miembros de la comunidad. El problema se presenta cuando la reconciliación es solo un

⁶⁴ Nils Christie, “Conflicts as property”, *British Journal of Criminology*, 17, 1977.

⁶⁵ Ellen Lutz, “Transitional Justice: Lessons learned and the road ahead”, en Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge (RU): Cambridge University Press, 2006, p. 338.

⁶⁶ Susan Thomson y Rosemary Nagy, “Law, Power and Justice: What Legalism Fails to Address in the Functioning of Rwanda’s Gacaca Courts”, *The International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, p. 13

efecto aparente sostenido por las autoridades locales que no se comprueba en la realidad de la comunidad.⁶⁷

6. La duda que puede quedar es si en el sistema diseñado por el ER, en el momento de hacer uso del principio de complementariedad, la CPI podrá intervenir en forma complementaria o subsidiaria cuando la solución proveniente de la justicia local no tome en cuenta las necesidades y los derechos de las víctimas en relación con la reparación. Es decir, el problema consiste en determinar si el principio de complementariedad atañe solo a lo que se entiende por justicia penal retributiva (investigación y castigo del autor) o alcanza también a lo que se entiende por JR (reparación de la víctima). En caso de que la potestad de intervención de la CPI se limitara a la posibilidad de investigar y penar, a las víctimas solo les quedaría la posibilidad de acceder a la justicia local y en su defecto a la justicia internacional de protección de los derechos humanos.

Otra duda con relación a este mismo tema tiene que ver con la posibilidad de que un Estado (una comunidad) decida que un dispositivo de investigación y búsqueda de la verdad (una comisión o similar mecanismo) y un procedimiento de reparación (compensación del daño) sean suficientes para hacer justicia, sin necesidad de un castigo penal.⁶⁸ La respuesta puede encontrarse en el artículo 53 (53.1.c y 53.2.c) ER, que permite al fiscal, con base en el “interés de la justicia”, diferir una investigación cuando interprete que el mecanismo utilizado localmente satisface ese interés. En todo caso la pregunta queda abierta al criterio judicial de la CPI y al diseño del mecanismo de búsqueda de la verdad escogido.⁶⁹

7. En el contexto de la JT y de la jurisdicción de la CPI, el cambio de un sistema político o de gobierno a otro no es el único elemento definidor; también se requiere que los crímenes cometidos en el pasado sean de la mayor gravedad y que la mayoría de ellos hayan sido cometidos por autores organizados en aparatos de poder que actuaron en nombre del Estado o con la aquiescencia de este.⁷⁰ Por eso, una dificultad añadida al momento de hacer justicia será la recolección de las pruebas (muchas de ellas destruidas u ocultadas por las propias instituciones estatales) y la actuación de las instituciones

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 15 ss.

⁶⁸ Mark Osiel, “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 77.

⁶⁹ Carsten Stahn, “La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional”, en Angelika Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón...*, o. cit., p. 91.

⁷⁰ Freudenreich, o. cit., p. 20.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

encargadas de la investigación de los crímenes (policía, jueces, fiscales).⁷¹ Frente a estos panoramas complejos para la averiguación de los responsables, la reparación individual a cargo del Estado y las formas simbólicas y colectivas de reparación adquieren importancia.

8. En lo que refiere a la reparación material o monetaria en un contexto de JT, hay que ser muy cuidadoso de no acometer un canje entre *reparación* y *castigo penal*, esto es, que no se pretenda compensar a la víctima para liberar de responsabilidad al autor o para prescindir del conocimiento de la verdad. Una propuesta de compensación monetaria puede aparecer como una “compra del dolor” o como *blood money* (la *Blutgeld* del antiguo derecho germano). En estos casos en los que el Estado actuó de forma “terrorista”, hacer justicia deviene un imperativo categórico, ya sea escuchando a las víctimas, investigando los hechos, permitiendo el acceso a información en manos del Estado (archivos oficiales, documentos, etcétera), es decir, mediante formas de atención y participación de las víctimas en el procedimiento mismo de averiguación de lo sucedido.

Para muchas víctimas una propuesta monetaria de reparación en una primera etapa del proceso de JT puede significar una ofensa, un intento de “compra del dolor”; incluso en algunos casos en los que se ofrecen amnistías a los culpables puede ser interpretada como una “compensación por la impunidad”. La frontera entre justicia y reparación tiene que estar muy bien delineada para que una no aparezca como compensación por la ausencia de la otra. La hipótesis de la sustitución de la justicia por medio de la reparación (una especie de compra de la libertad o de compensación por la impunidad) debería de ser analizada con más detenimiento por la doctrina. Lo que aquí se puede decir, siguiendo a van Boven, es que los derechos de las víctimas han sido reconocidos en los procesos de JT (fundamentales en esto han sido los procesos de JT que tuvieron lugar en América Latina) y que entre los muchos mecanismos o herramientas diseñados para la lucha contra la impunidad se puede hablar de que ya existe una base normativa de justicia reparadora o restaurativa.⁷²

9. Ahora bien, ¿podemos decir que el ER propone un sistema de JR inmerso como un mecanismo de JT? La JR se basa en el concepto de reparación del daño a la víctima

⁷¹ La impunidad a nivel nacional (por ejemplo, leyes de amnistía) es generalmente consecuencia de las negociaciones de “traspaso de mando” o de la promesa futura de “no desestabilizar” al nuevo régimen. A nivel internacional, sin embargo, estas leyes no son oponibles aun cuando tengan el respaldo de la mayoría de los ciudadanos. Sobre el tema, Galain Palermo, “Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung...”, o. cit., pp. 387 ss.

⁷² Van Boven, o. cit., p. 21.

(orientación al resultado) y en los procesos comunicativos de reparación entre autor y víctima (orientación al procedimiento), que tienden ambos a la recomposición de las relaciones sociales rotas por causa del delito. El inconveniente para adoptar los fundamentos y principios de la JR cuando se trata de crímenes internacionales es que los autores de estos crímenes generalmente son funcionarios estatales que actúan ubicados en puestos de mando en estructuras piramidales de poder, autores que se encuentran muy alejados de cualquier contacto personal con las víctimas. Estos autores ocupan puestos altos en estructuras militares, policiales o políticas, aquellos que la doctrina penal identifica como *autores mediatos* o *autores de escritorio*. La relación autor-víctima en este tipo de crímenes permanece abstracta, y si a esto le sumamos que los elementos de contexto de estos crímenes requieren de “ataques masivos o sistemáticos” contra poblaciones o grupos de personas, la imagen de la víctima queda todavía más despersonalizada.

Esta despersonalización y/o falta de contacto personal entre autores y víctimas es un grave escollo para la utilización de la JT en la resolución de estos conflictos. A ello se debe sumar otra complicación que viene dada por la naturaleza de estos crímenes, que atacan los “derechos humanos” y por ello habilitan de forma complementaria una jurisdicción internacional (universal) que tiene como finalidad la punición y la lucha contra la impunidad. De este modo, la víctima en sí misma no constituye una categoría natural o universal sino que es también una construcción social y cultural que ha experimentado modificaciones según cambian las instituciones globales y las agendas internacionales, pasando de un rol pasivo a uno activo. Esta construcción de la víctima no es solo individual, sino que incluye grupos de víctimas, grupos de demandantes, movimientos o agrupaciones, etcétera.

10. La justicia entendida desde lo restaurativo guarda relación con la reparación del daño causado en las relaciones sociales por medio de la comisión de crímenes o delitos. Para este tipo de justicia la forma de reparación viene determinada por el daño causado a la víctima. La proporcionalidad entonces no deriva exclusivamente de la conducta contraria a la norma sino de la magnitud del daño causado a la víctima. La justicia orientada a lo restaurativo no puede concentrarse únicamente en el castigo del autor, sino que debe también reconstruir el tejido social y las relaciones sociales dañadas. La justicia penal orientada a lo restaurativo no solo se tiene que ocupar del autor, sino también de la víctima. Pero la JR no acaba en la relación autor-víctima, sino que el concepto de daño abarca la totalidad de relaciones involucradas. Para eso habrá que determinar qué relaciones (cuáles, quiénes, cuántos) han sido dañadas por el delito. Por eso la JR abarca

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

no solo la relación entre el autor y la víctima, sino que también incluye a la comunidad y a las comunidades envueltas en el conflicto.

Ahora bien, cuando el concepto de justicia se limita y circunscribe exclusivamente a la justicia penal tradicional (retributiva), el objetivo ideal de la JR se puede intentar alcanzar medianamente permitiendo la participación directa de la víctima durante el procedimiento para que ella pueda reclamar la reparación del daño. Obviamente, en un sistema tradicional o retributivo de justicia el objetivo no es ofrecer un espacio para el encuentro y el entendimiento de los involucrados en el conflicto en aras de obtener una solución reparadora del conflicto, sino que el objetivo se concentra en la obtención de pruebas que permitan una imputación penal. En lo que refiere al ER, el fin de la CPI parece estar relacionado con la participación procesal de la víctima para coadyuvar con la imputación penal que permita luego ordenar la reparación del daño a las víctimas del delito.

5. La sentencia de reparación en el caso *Lubanga*

1. El 7 de agosto de 2012 la CPI (Cámara I) se pronunció en relación a la reparación de las víctimas por los crímenes cometidos por Lubanga. Lo más importante de destacar es que la CPI no aplicó el artículo 75.2.1 ER por cuanto el acusado fue declarado insolvente. De este modo, Lubanga se vio eximido de reparar en forma material y directa a las víctimas. La reparación, entonces, fue derivada al Fondo de Reparaciones y su determinación o cuantificación se trasladó a una comisión de expertos. La decisión sobre la reparación se ajusta dentro del gran poder discrecional que tiene la CPI para disponer por sí sola principios generales y formas particulares de reparación, así como para delegar esta tarea en un órgano ajeno a su estructura como es el Fondo de Reparaciones (artículo 75 ER).⁷³ Además, ella se condice con la potestad garantizada por la regla 97 RPP, que autoriza a la CPI a valerse de la opinión de expertos en la materia.⁷⁴

2. En lo que tiene que ver con aspectos procesales, el número original de 129 víctimas fue decreciendo hasta quedar en 97 que finalmente solicitaron participar en el

⁷³ El Fondo de Reparaciones es una estructura ajena a la CPI, pero se encuentra bajo su supervisión.

⁷⁴ Estos expertos estarán bajo la guía, responsabilidad y supervisión de la CPI, y tendrán la tarea de recomendar distintas opciones para determinar el tipo y la modalidad de reparación (regla 97 RPP).

proceso, todas representadas por solo siete abogados (regla 90.2 RPP).⁷⁵ Si tenemos en cuenta que los crímenes que se juzgan dejan como saldo miles de víctimas, el número de comparecientes no parece ser significativo.

3. Con el subtítulo *Modalidades de reparación* la CPI determinó que las formas de reparar contenidas en el artículo 75 ER (restitución, compensación y rehabilitación) no constituyen un *numerus clausus* porque la reparación puede admitir otras formas o tipos de “valores simbólicos, preventivos o transformadores”.⁷⁶ Además, en el momento de aplicar las medidas de reparación se sugiere tener en cuenta las cuestiones de género.⁷⁷

4. En la sentencia, la CPI estableció una serie de principios a modo de guía para sentar las bases de una reparación “apropiada, adecuada y rápida”,⁷⁸ definió tipos o clases de beneficiarios,⁷⁹ la posibilidad de reparación para grupos especiales de víctimas (por ejemplo, víctimas de violencia sexual o de género, menores de edad), así como se manifestó sobre la causalidad, finalidad, formas de reparación y distintos aspectos procedimentales.⁸⁰ Estos principios se basan en la declaración de principios de la ONU relativos a la reparación.

5. La sentencia define la *restitución* como la medida que en lo posible debe restaurar a la víctima en las circunstancias tal como estaban antes de la comisión del crimen, lo que sería imposible de realizar en el caso de los menores de 15 años reclutados que participaron en las hostilidades.⁸¹ La restitución es una forma directa de restaurar la vida individual (incluyendo el retorno a la vida familiar, su casa, su trabajo, educación y devolviendo la propiedad sustraída a la víctima).⁸² La restitución es apropiada para reparar a víctimas jurídicas o colectivas.

6. En segundo término se refiere a la *compensación* cuando se dan tres condiciones: a) el daño es posible de cuantificación; b) es una forma apropiada y proporcional a la gravedad del crimen y a las circunstancias del caso, y c) los fondos disponibles hacen

⁷⁵ Puede verse Eleni Chaitidou, “Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court”, ZIS, 3, 2013, pp. 130 ss.

⁷⁶ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 222.

⁷⁷ Esto parece un contrasentido con la sentencia de condena contra Lubanga. que justamente no consideró los crímenes sexuales contra niñas y mujeres.

⁷⁸ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 242.

⁷⁹ *Ibidem*, § 194-197.

⁸⁰ *Ibidem*, § 198 ss., 217 ss., 222 ss., 249 s.

⁸¹ *Ibidem*, § 223.

⁸² *Ibidem*, § 224.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

factible este tipo de reparación.⁸³ La compensación, según una orientación inclusiva de género, pretende evitar la perpetuación de previas desigualdades estructurales de modo que no subsistan anteriores prácticas discriminatorias.⁸⁴ El concepto de *daño* (que no está definido por el ER ni por las RPP) requiere “sufrimiento, lesión y perjuicio” y, si bien no necesita haberse cometido directamente, tiene que haberse dirigido personalmente contra una víctima.⁸⁵ Para delimitar qué se entiende por daño, la CPI recurre a la jurisprudencia de la CIDH y adopta los parámetros internacionales relativos a los derechos humanos que aceptan un concepto amplio que admite el menoscabo patrimonial, físico y psíquico.⁸⁶ Véase que incluso admite el concepto de la CIDH de “daño al plan de vida” utilizado por la CIDH.⁸⁷

7. En cuanto a la adecuación al “tipo de víctima”, la CPI admite la compensación del daño no solo con relación a las víctimas directas (menores de 15 años reclutados para participar en las hostilidades), sino también de sus familiares y comunidades. La sentencia de reparación reparó también a los padres de los menores de edad reclutados. Incluso, sostuvo que la reparación puede alcanzar también a personas jurídicas.⁸⁸ Se acepta que el daño se extiende más allá de la víctima directa y abarca a personas relacionadas directa e indirectamente con ellas. Lo relevante para reparar a víctimas directas o indirectas es que se pueda demostrar un vínculo o relación entre el hecho del acusado y el daño.⁸⁹ El tipo de víctima (individual y colectiva) abre las puertas a formas de reparación simbólica.

La sentencia de Lubanga no demostró la relación directa de daño entre los hechos y las víctimas de crímenes sexuales, de modo que ese daño no pudo ser reparado adecuadamente desde un punto de vista simbólico, lo que perjudicó, asimismo, la reintegración social de esas víctimas en la comunidad. Lubanga no fue responsabilizado por los crímenes sexuales (crímenes que no fueron reprochados por la CPI), como consecuencia de lo cual estas víctimas no fueron reparadas adecuadamente.

⁸³ *Ibíd.*, § 226.

⁸⁴ *Ibíd.*, § 227.

⁸⁵ *Ibíd.*, § 228.

⁸⁶ *Ibíd.*, § 229. Este concepto acepta la pérdida de oportunidades y otros gastos consecuencia del daño sufrido. Véase que incluso admite el concepto de la CIDH de “daño al plan de vida”.

⁸⁷ Sobre el tema, Olásolo y Galain Palermo, o. cit., pp. 1271 ss.

⁸⁸ “Reparations can be granted to legal entities, pursuant to Rule 85(b) of the Rules. These may include, inter alia, non-governmental, charitable and non-profit organisations, statutory bodies including government departments, public schools, hospitals, private educational institutes, companies, telecommunication firms, institutions that benefit members of the community... and other partnerships”. ICC-01/04-01/06-2904, § 197.

⁸⁹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 231.

8. La *rehabilitación* es la tercera forma de reparación explícitamente reconocida en el artículo 75 ER y se define por la CPI como un derecho de la víctima basado en el principio de no discriminación, que debe incluir una orientación pro género. Las medidas de rehabilitación siguen la línea de los principios de la ONU, de la CIDH y la literatura en cuanto a la superación del trauma vivido y dar asistencia a las necesidades básicas en lo médico, social y legal.⁹⁰ Así las cosas, en niños menores de 15 años la rehabilitación se concentra en el reintegro a la vida social y en mejorar sus posibilidades de vida futura ofreciendo oportunidades de educación y trabajo.⁹¹ La CPI exige que las medidas de rehabilitación eviten la victimización secundaria y consideren la vergüenza o humillación que pudieran sentir los niños y niñas reclutadas. Seguramente el sistema penal internacional ha aprendido de la historia y recuerde los problemas de integración en sus comunidades que tuvieron las denominadas *esclavas sexuales* coreanas tras la Segunda Guerra Mundial y concentre su atención en programas de resocialización de las víctimas que pertenecen a pequeñas comunidades o sociedades cuasitribales.⁹²

Véase que este tipo de medidas de rehabilitación demuestran la importancia que tiene el Fondo de Reparaciones para la consecución de estos objetivos generales de reparación de las víctimas que poco y nada dependen de la situación procesal del autor del daño, sino que parecen acercarse a los programas de rehabilitación y desarrollo de los organismos internacionales para con las sociedades en transición. A su vez, la CPI otorga valía a las medidas simbólicas de reparación, como los homenajes, los memoriales y las conmemoraciones. De esta forma, la CPI va más allá de lo dispuesto en el ER y define entre los principios de reparación distintas formas de reparación moral o simbólica que guardan (todas ellas) relación con un objetivo de pacificación, reconocimiento, reintegración y reconciliación (que es característico de la JT).

9. En un ítem *d*, diferenciado de las tres formas básicas de reparación reconocidas en el artículo 75 ER, la sentencia se refiere a “otras modalidades de reparación”, entre las que ubica —siguiendo a la jurisprudencia de la CIDH— a la propia sentencia como una medida de gran valor simbólico para la víctima, sus familiares y la comunidad, cuya

⁹⁰ Véase, en particular para graves violaciones de los derechos humanos, Enrique Chía, María Bilbao, Darío Páez, Ioseba Iraugi y Carlos Beristain, “La importancia de los eventos traumáticos y su vivencia: el caso de la violencia colectiva”, en Páez et al. (eds.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Madrid: Fundamentos, 2011, pp. 165 ss.

⁹¹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 234.

⁹² *Ibidem*, § 235 s.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

publicidad tiene un efecto preventivo para el futuro.⁹³ Las “otras modalidades de reparación” tienen como objetivo reducir la estigmatización y marginalización de las víctimas, así como la educación e información de las comunidades por medio de programas educativos para prevenir la repetición de los hechos.

De esta forma la CPI adopta varios conceptos elaborados por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos para obligar a los Estados omisos en el respeto de los derechos de sus ciudadanos, al mismo tiempo que se aleja de las medidas de reparación que pueden ser exigidas a los autores individuales. Ello conduce a pensar que la CPI es consciente de que los autores de los más graves, masivos y constantes ataques contra personas individuales y comunidades obedecen o responden a determinadas “políticas de Estado” y que por ello existe subyacentemente una obligación estatal de reparación. En los hechos, será el Fondo de Reparaciones (y no ese Estado) el que se ocupe de implantar muchas de estas medidas de reparación, pero ello no quita que tales programas educativos y de prevención tengan lugar en el Estado en el que se cometieron los crímenes internacionales.

De una forma indirecta (e inteligente) la CPI se dedica a realizar campañas preventivas y reparadoras en Estados que poco y nada se ocupan del bienestar de sus ciudadanos, utilizando la poderosa arma de la jurisprudencia penal internacional.⁹⁴ No obstante, para erradicar cualquier tipo de dudas sobre esta cuestión, la CPI deja bien en claro que ello no exime a Lubanga de responsabilidad en tanto tiene la capacidad de contribuir al proceso de reparación mediante la voluntaria solicitud de disculpas a las víctimas directas o a los grupos de víctimas, de un modo público o confidencial.⁹⁵ Lo que no resulta del todo claro es si en este caso estamos frente a una sugerencia o una imposición. La utilización del término *voluntary apology* parece indicar que estamos frente a una sugerencia que opera a modo de “motivación” para el condenado en cuanto se trata de un comportamiento voluntario posterior de gran sentido simbólico-reparador para las víctimas directas e indirectas, individuales y colectivas.

⁹³ *Ibidem*, § 237 s. En relación con este efecto reparador de la sentencia basado en los principios de publicidad y oralidad, Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 320 ss.; Antony Duff, “Can we punish the perpetrators of atrocities?”, en Thomas Brudholm y Thomas Cushman (eds.), *The Religious in Responses to Mass Atrocity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104.

⁹⁴ Véase que la sentencia en el párrafo 239 parece invocar esta legitimidad para imponer tales medidas de reparación.

⁹⁵ *Ibidem*, § 241.

10. Téngase en cuenta que, si bien la sentencia de condena no abarcó los crímenes sexuales que debieron haberse imputado a Lubanga, la sentencia de reparación hace mención a ellos cuando refiere al efecto preventivo y restaurador que las medidas de reparación pretenden en cuanto a evitar futuros hechos de “violencia sexual, tortura y otros tratos inhumanos y degradantes que siguieron al reclutamiento”.⁹⁶ Según la CPI, para garantizar la efectiva reinserción social de las víctimas hay que erradicar toda forma de “victimización, discriminación y estigmatización”.⁹⁷ El hecho de ignorar en la imputación a las víctimas de los crímenes sexuales seguramente habrá afectado la reintegración de estas víctimas a sus lugares de origen cuando ellas pertenecen a comunidades pequeñas, tradicionales o muy conservadoras, tal como sucedió con las esclavas sexuales de Corea del Sur durante la Segunda Guerra Mundial, a quienes la falta de reconocimiento oficial del injusto cometido y la ausencia de un reconocimiento de su condición de víctimas cubrió su padecimiento con un manto de silencio y olvido que impidió que fueran aceptadas socialmente en el seno de sus comunidades.⁹⁸

11. Las formas de reparación determinadas por la CPI en la sentencia *Lubanga* incluyen la restitución, compensación y rehabilitación (que están contenidas en el ER), junto con otras formas de reparación complementarias, como la publicación de la sentencia, una voluntaria disculpa del señor Lubanga, programas de promoción y divulgación y campañas de educación. De esta forma los jueces de la CPI han admitido que los programas de reparación consideren las necesidades de *todas* las víctimas y no solo las necesidades de las víctimas que se apersonan en el procedimiento penal y solicitan la reparación.⁹⁹ La CPI parece adoptar un criterio colectivo de reparación que no excluye la reparación individual o grupal, posiblemente para evitar “tensiones y divisiones al interno de los grupos de víctimas”.¹⁰⁰

12. Un factor que pudo haber influido en la consideración de las formas de reparación es la condición de “indigente” de Lubanga que impide en los hechos que las víctimas puedan beneficiarse directamente de una reparación material exigida por la

⁹⁶ *Ibidem*, § 240.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ La ausencia de verdad, justicia y reparación condenó a estas víctimas a la invisibilidad, a un permanente estado de victimización, e impidió la elaboración del trauma y la reparación del daño. Véase Sarah Soh, *The Comfort Women: Sexual Violence and Postcolonial Memory in Korea and Japan*, Chicago: The University of Chicago Press, 2009, pp. 227 ss.

⁹⁹ *Ibidem*, § 187.

¹⁰⁰ Chaitidou, o. cit., p. 134.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

sentencia de reparación. Este elemento fue determinante para que la “responsabilidad” de reparar recayera en el Fondo de Reparaciones, encargado de recolectar voluntarias donaciones que puedan ser volcadas en beneficio de las víctimas. El hecho de que un órgano que no pertenece a la CPI (véanse los artículos 34 y 79 ER) sea el encargado de obtener los fondos para efectivizar la reparación material no significa que la CPI renuncie a la determinación de la naturaleza de la reparación (material y/o simbólica), del tipo y monto a reparar. En todo caso se puede interpretar que el Fondo de Reparaciones ha sido la opción encontrada para que las víctimas puedan ser reparadas materialmente.

El recurso del Fondo de Reparaciones es la forma de asegurar una reparación material a las víctimas cuando los autores de los crímenes no tengan bienes suficientes para asumir la restitución o compensación monetaria. Esto queda claro en la propia sentencia, en la que se constata que el Fondo de Reparaciones es una opción *subsidiaria* para casos en los que el responsable de los daños es “indigente”.¹⁰¹ La condición de “indigencia” de Lubanga no impide que asuma las formas de reparación simbólica que la CPI determine o sugiera. Esta condición tampoco impide que el Fondo asista generalmente a todas las víctimas, incluyendo la reparación simbólica que su intervención asistencial implica.

13. En mi opinión, no se puede derivar de esta circunstancia que en futuras decisiones sea este Fondo de Reparaciones el obligado principal de la reparación, cuando del espíritu del ER se deriva un ligamen entre la responsabilidad penal y la reparación del daño causado a las víctimas (artículo 75.2 ER). Este ligamen a modo de principio general no se puede romper al momento de la sentencia de reparación porque los imputados se “declaren” indigentes o incapaces de asumir materialmente la responsabilidad por los daños causados a las víctimas.¹⁰² Como surge de la sentencia *Lubanga*, el estado de indigencia no impide las formas simbólicas de reparación que están ligadas a la responsabilidad penal del autor. Para la determinación del tipo y monto a reparar la CPI ha designado un grupo de expertos externos que colaboraran con el Fondo de Reparaciones en esta importante tarea.¹⁰³

¹⁰¹ ICC (Trial Chamber I), Decision of 7.8.2012-ICC-01/04-01/06-2904, § 271.

¹⁰² Con buen criterio la CPI no consideró que la decisión sobre el caso *Lubanga* en materia de reparación ingresara en el concepto de *reparation order* (orden de reparación) según el significado que otorga la regla 150.1 RPP, así como tampoco ingresa bajo el artículo 75.1 ER. Ver Chaitidou, o. cit., p. 135.

¹⁰³ *Ibidem*, § 263 ss.

6. Aspectos críticos del caso *Lubanga* en relación con la reparación de las víctimas

1. En la sección 3 me referí a la función simbólica que deriva de la sentencia de condena penal y a cómo el sistema del ER en cuanto a la condena de reparación acota el número de víctimas exclusivamente a aquellas que participaron efectivamente del proceso penal, así como limita la reparación a los hechos efectivamente imputados. Según el relator especial de la ONU para la violencia contra la mujer, el caso de la RDC es de los más significativos en cuanto a la violencia sexual relacionada con un conflicto armado, con víctimas esclavizadas por grupos armados no estatales, las fuerzas armadas, la policía e incluso civiles. El relator constató que las cortes nacionales apenas exigieron el pago de míseras sumas a los autores civiles por concepto de reparación, mientras que el gobierno de la RDC desconoció cualquier tipo de reparación por las violaciones sexuales cometidas por agentes estatales. Considerando el caso *Lubanga*, la crítica más importante que se puede hacer a la sentencia en comento proviene de la decisión del fiscal de prescindir de la persecución de los crímenes de naturaleza sexual, limitando así la posibilidad de reparación de las víctimas.

Véase que en la Regla 86 (RPP) se dice a modo de principio general que el tribunal y cualquier otro órgano de la CPI “*shall take into account the needs of all victims and witnesses in accordance with Article 68, in particular children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence*”. Este principio se puede interpretar que marca un orden de relevancia o preferencia de víctimas al momento de ejercer los principios de oportunidad y de selectividad de la acción penal que no debería ser desconocido por otras cuestiones en el momento de la investigación penal. En realidad no se trata de perseguir a un presunto autor por aquellos crímenes que se pretende probar de forma arbitraria, sino que en todo caso la oportunidad debería circunscribirse a los crímenes que objetivamente se pueden llegar a probar fehacientemente.

Si consideramos el principio general antes citado que obliga a tener en cuenta las necesidades de las víctimas (particularmente menores víctimas de delitos sexuales o de género) y si tenemos en cuenta que el procedimiento ante la CPI debe garantizar “un juicio justo y sin incidencias salvaguardando el respeto a los derechos de los acusados y de otros actores, y empleando un sistema penal eficaz”, entonces en el caso *Lubanga* podemos considerar negativamente la decisión de la Fiscalía de no investigar los crímenes

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

sexuales. La CPI es el primer tribunal penal internacional que autoriza al fiscal a iniciar *motu proprio* una investigación (artículo 13.c ER) y a seleccionar los acusados y los hechos de la acusación. Véase que el otorgamiento de estos poderes esenciales para la autonomía, la independencia (política) y la eficacia (procesal) que tiene el fiscal lo convierten en el principal responsable de los éxitos y los fracasos no solo de los objetivos político-criminales, sino también en cuanto a la reparación de las víctimas, porque la reparación está ligada y limitada por los hechos incriminados o imputados al autor en la sentencia de condena.

En el caso *Lubanga*, el primero con sentencia definitiva, la prueba de la esclavitud sexual se pudo haber obtenido y los cargos debieron haber sido imputados. El caso es aún más complejo, lo que resalta todavía más el problema de la selectividad y de las “injusticias” que ella acarrea, porque las víctimas beneficiadas por la reparación fueron solo aquellos menores de edad reclutados para participar en las hostilidades, que bien pueden considerarse parte de un *grupo o colectivo* de víctimas que también cometieron crímenes internacionales, reuniendo en su persona la doble condición de autor y víctima. En ese sentido, la reparación otorgada no se adecua a todas las víctimas de Lubanga, sino solo a algunas de ellas, aquellas que reunían la curiosa doble condición de autor y víctima. Así las cosas, las víctimas de los crímenes sexuales no fueron reparadas por el ámbito local ni por el internacional.

Esta sentencia permite sostener que el *espacio de juego* que tiene el fiscal para escoger los hechos a ser imputados puede ser causa de impunidad y de insatisfacción de la reparación a las víctimas. El control judicial sobre el ejercicio de la oportunidad y la selectividad fiscal tendrá que tener en cuenta estos aspectos en casos futuros, en tanto la reparación de las víctimas está determinada por la imputación penal. Por otra parte, esta sentencia reabre o aviva la discusión sobre el *interés de la justicia*, decisión que no puede quedar exclusivamente en manos del fiscal, como bien determina el artículo 53.3.b al permitir de oficio la revisión judicial de esta decisión. En el caso *Lubanga* todo indica que el *interés de la justicia* se consideró de forma muy abstracta o etérea, sin considerar los derechos e intereses de las víctimas menores de edad esclavizadas sexualmente.

Véase que esta decisión basada en la oportunidad no tomó en consideración el principio general de la regla 86 RPP que otorga prioridad a la persecución de los autores de crímenes contra menores de edad víctimas de delitos sexuales o de género. Según Guariglia, entre los aspectos a tener en cuenta para abrir una investigación se encuentran

la gravedad del crimen, la intensidad o escala temporal y geográfica, la naturaleza del crimen, la forma de comisión, la crueldad, así como los crímenes contra víctimas indefensas y aquellos que envuelven discriminación de la víctima o abuso de poder. Es claro que, luego de leer los criterios que aduce la literatura, los crímenes sexuales debieron haber sido perseguidos en el caso *Lubanga*. En este orden de cosas, desde un punto de vista de la reparación simbólica que proviene de la imputación penal en la sentencia, si tenemos en cuenta que en el ámbito del derecho penal internacional la decisión de persecución o impunidad más que basada en criterios de “justicia” es eminentemente de política (criminal), podemos sostener que las víctimas del caso *Lubanga* no fueron reparadas debidamente, por cuanto primaron razones de economía procesal al momento de decidir razones de interés de la justicia (artículo 53 ER).

2. La crítica se puede moderar, sin embargo, si consideramos —por un lado— que Lubanga no ha quedado impune y —por otro— que la sentencia otorga suma importancia a la reparación simbólica de toda una comunidad, que bien podría interpretarse como que también cubre o “repara” a las víctimas de los crímenes sexuales en el único sentido en que Lubanga ha sido condenado (si bien no por ese crimen). La discusión entonces se debe centrar en si la reparación simbólica que significan la sentencia de condena y la pena, tanto desde el punto de vista del merecimiento como de la ejecución, abarca también y desde un punto de vista simbólico a las víctimas de los crímenes sexuales. En mi opinión, el efecto simbólico de la condena y de la pena apenas alcanza a las víctimas del reclutamiento forzado en tanto el injusto a reparar mediante la declaración pública de castigo y por medio de la ejecución efectiva de la pena se limita al injusto determinado por la imputación y la condena.

3. Desde el punto de vista de la teoría de la pena, la condena contra Lubanga no desplegó ninguna función retributiva ni tampoco una finalidad de prevención general justamente contra las violaciones de mujeres, que es una modalidad muy utilizada en el mundo en todos los conflictos armados, como forma de sembrar terror y humillar a las víctimas civiles.

4. Las víctimas de los crímenes sexuales solo fueron reparadas por la intervención del Fondo de Reparaciones en cumplimiento de su mandato de asistencia general (independiente de la situación procesal penal y de los cargos imputados) y en cumplimiento de su mandato de llevar adelante las órdenes de reparación de la CPI. De esta forma, no existió vínculo alguno entre el injusto de Lubanga y la reparación de las víctimas de los crímenes sexuales.

7. La influencia del derecho internacional de los derechos humanos proveniente del continente americano en el derecho penal internacional

1. Un aspecto de sumo interés es la receptividad que tuvo la jurisprudencia constante de la CIDH en la sentencia en comento. El sistema de fuentes del artículo 21 ER admite toda la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos al momento de interpretar el ER, las RPP y los Elementos de los Crímenes, en cuanto el ER sostiene que todas las interpretaciones tienen que ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este aspecto es de suma importancia porque ofrece una base firme para la interpretación, que no puede contradecir a la jurisprudencia internacional encargada de proteger los derechos humanos. De esta forma el ER se convierte no solo en un Código Penal Internacional para la imputación de crímenes gravísimos que afectan a toda la humanidad o a la comunidad internacional, sino también significa que estamos frente a un sistema internacional permanente que se ocupa de proteger los intereses de las víctimas de los crímenes que puedan llegar a ser imputados.

2. Según la jurisprudencia constante de la CIDH, los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos cometidos contra sus ciudadanos, y durante los procesos de investigación y los trámites judiciales las víctimas (tanto directas como sus familiares) tienen que tener amplias oportunidades de participación para el esclarecimiento de los hechos, para la sanción de los responsables y para la posibilidad de obtener una reparación. Esta misma obligación puede trasladarse al ámbito internacional que es subsidiario del nacional (artículo 17 ER), y en ese sentido la Fiscalía debió haber perseguido a Lubanga por los crímenes de naturaleza sexual cometidos contra víctimas menores de edad de sexo femenino.

8. ¿Orientación del sistema penal internacional a la reparación de la víctima y a la pacificación social?

1. Hace algunos años, Cherif Bassiouni sostuvo que el sistema internacional no está orientado a la víctima. Esa visión negativa, sin embargo, ha ido cambiando en los últimos tiempos, en tanto se ha producido una reorientación con base en el principio de

dignidad humana y con el surgimiento de nuevos campos como la JT y la JR.¹⁰⁴ La justicia, la reparación y la reconciliación se han convertido en valores a respetar en beneficio directo de la posición de las víctimas. El derecho penal internacional a partir del ER pregonaba no solo la lucha contra la impunidad de los principales responsables que utilizan el aparato estatal para cometer las más graves violaciones de los derechos humanos, sino que persigue también una finalidad de pacificación que permite incluir como un elemento a lograr mediante la intervención punitiva la construcción de las condiciones de reconciliación dentro de la sociedad en transición. La víctima tiene un particular interés en la pacificación y en la reparación del daño causado, interés que también abarca el conocimiento de la verdad y la justicia. Ahora bien, cualquiera de estos intereses de las víctimas (que son considerados incluso como derechos) no solo se consigue satisfacer mediante el derecho penal, dado que otras vías y otros mecanismos de JT permiten satisfacerlos.

2. En lo que a este artículo refiere, la reparación de las víctimas en el sistema del ER es consecuencia directa de una intervención punitiva que no puede perseguir una mera finalidad retributiva o de venganza. El ER utiliza un sistema de doble vía en el que canaliza —por una parte— la imposición de una pena para la compensación del injusto y —por la otra— deja abierta la posibilidad de una segunda vía para la reparación de la víctima mediante la compensación del daño. Ello no significa, en mi opinión, que la vía penal deba perseguir una finalidad simbólica o declarativa de mera retribución, porque ello sería contrario a la teoría de la pena, que solo admite una finalidad útil o preventiva del castigo. En mi opinión, aunque no haya sido un objetivo declarado de los Estados parte del ER, este deja abierta la posibilidad de que la pena pueda cumplir con una función reparadora, de modo que la reparación de la víctima bien podría ser entendida como parte de la retribución del injusto y cumplir con una función de pacificación social. Sea como fuera, lo que se deduce del ER es que la reacción a los crímenes internacionales tiene que satisfacer a la víctima y esta satisfacción abarca aspectos formales o de procedimiento (participación procesal) y aspectos materiales o de resultado (sentencia de condena penal y sentencia de reparación propiamente dicha).

3. La posibilidad de participación procesal de las víctimas permite plantear algunas cuestiones que la futura praxis irá develando. Entre ellas, se puede pensar que el sistema penal internacional admite una orientación a las víctimas de los crímenes más graves contra los derechos humanos. De este modo, la víctima deja de ser un objeto procesal

¹⁰⁴ Van Boven, o. cit., pp. 19 s.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

(testigo) para convertirse en sujeto de derechos. En ese sentido, el sistema adversarial escogido para el proceso penal internacional se puede ver debilitado en la confrontación entre el autor y el fiscal debido a la presencia de un tercero en escena.¹⁰⁵

También puede sostenerse que el ofrecimiento de participación a la víctima se condice y relaciona con la posibilidad que tiene la CPI de determinar la reparación del daño, ya sea por el autor de los crímenes o por el Fondo de Reparaciones. Esto sugiere que en el sistema penal internacional la reparación de la víctima se ha convertido en una cuestión de naturaleza penal que habrá que determinar si se relaciona con la teoría de las consecuencias jurídicas como un nuevo elemento, o si debe considerarse dentro de las teorías de justificación del castigo, o si ingresa también como un elemento de medición de la pena o como un equivalente funcional de la pena con injerencia en la determinación del tipo de pena. Para algunos autores, incluso, formas de reparación diversas al castigo penal deben aplicarse aun en caso de comisión de los crímenes internacionales.

4. Téngase en cuenta que en el mandato de la CPI también se incluye la expectativa de que ella contribuya a restaurar (reparar) y mantener la paz y la seguridad en el ámbito internacional, de modo que la implementación de un sistema de reparación efectivo y eficiente sea uno de los objetivos de la justicia penal internacional.¹⁰⁶ De algún modo el sistema penal internacional tendrá que proveerse de fondos suficientes para satisfacer la reparación material de las víctimas y la CPI con el tiempo se convertirá no solo en un foro judicial de reconocimiento de los derechos de las víctimas, sino también un foro público en el que la víctimas podrán encontrar comprensión, visibilidad y una vía para la elaboración de su sufrimiento. En este sentido, se puede sostener que el sistema del ER podría llegar a tener una orientación a las necesidades de la víctima, pero también puede tener influencia en la pacificación de la sociedad debido al reconocimiento que hace de las víctimas de los crímenes más graves contra los derechos humanos.

9. A modo de conclusión

1. El ER adhiere a un concepto restrictivo de víctima para los casos de reparación material que puede ser exigida al autor responsable penalmente por graves violaciones

¹⁰⁵ De la misma opinión, Fernández, o. cit., p. 246.

¹⁰⁶ Henzelin, Heiskanen y Mettraux, o. cit., p. 344.

a los derechos humanos. El caso *Lubanga* sirve para demostrar que en el sistema del ER para recibir una reparación material no basta haber sufrido un daño cometido por el autor de los crímenes internacionales, sino que la víctima se tiene que apersonar en el proceso penal respectivo y reclamar su derecho a ser reparada. Pero, además, el concepto de víctima o el tipo de víctima está ligado a los cargos por los que se investiga e imputa al autor del crimen. Esto nos conduce a una de las principales críticas que se pueden realizar a la primera sentencia de reparación de la CPI relacionada con el caso *Lubanga*, y es que solo ciertos grupos de víctimas son reconocidos jurídica e institucionalmente (oficialmente) como víctimas, mientras que muchos otros son directamente excluidos de toda posibilidad de reparación material.

2. Como derivado de esto, la adecuación del tipo de víctima a la reparación no depende de un concepto ontológico o universal sino de una construcción política, social, cultural e incluso procesal. De esta forma, el concepto de víctima y el de reparación están estrechamente ligados a la definición procesal y a los elementos fácticos relacionados con la investigación, imputación y condena penal. La sentencia *Lubanga* confirma lo sostenido por la doctrina en tanto la condena es la razón y el límite de la orden de reparación judicial.¹⁰⁷ Así las cosas, vicisitudes extrañas al hecho y sus resultancias determinan la condición de víctima de los crímenes internacionales y, por ende, el tipo y modo de reparación.

3. Como se trata de la primera sentencia de la CPI, son muchas las cuestiones que quedan abiertas. De la mera lectura del sistema normativo del ER parecería que la reparación va por cuerda separada del sistema penal precedente; sin embargo, son muchos los aspectos que reenvían al procedimiento penal, tal como queda demostrado con la primera sentencia de condena. Ahora bien, no queda claro hasta qué punto ambos procesos están relacionados. En una concepción holística podría entenderse que la reparación va más allá de la imputación penal, de modo que el procedimiento penal apenas serviría de referencia al procedimiento de reparación. De este modo, asumiendo que la reparación va más allá de la imputación penal y de la responsabilidad individual del condenado, dentro de esa concepción holística habría que definir con meridiana claridad hasta dónde debe responder el autor y hasta dónde debe responder la comunidad de Estados en esta tarea de reparar a las víctimas. Ello parece ser un tema sustancial

¹⁰⁷ "Der Strafausspruch ist damit Grund und Grenze der gerichtlichen Wiedergutmachungsanordnung". Bock, "Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren", o. cit., p. 308.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

si consideramos la importancia que en la primera sentencia de reparación ha tenido el Fondo de Reparación.

4. A efectos de determinar la responsabilidad penal, el concepto de víctima es procesal, porque ella está descrita por los hechos investigados y se va restringiendo a medida que avanza el proceso penal, de modo que dicho concepto se define según avanza el procedimiento. De esta forma, dicho concepto se concreta procesalmente de lo general a lo individual, una especie de definición que se lleva a cabo de más a menos. Ahora bien, a efectos de la reparación parecería que el concepto de víctima no se condice con el concepto penal ni se define procedimentalmente, en tanto surge de la sentencia de Lubanga que todas las víctimas pueden y deben ser reparadas, aun aquellas que no fueron consideradas víctimas en el proceso penal. Esta circunstancia conduce a preguntarse si existe un solo concepto procesal de víctima o si tenemos que hablar de dos conceptos distintos, uno para determinar la responsabilidad penal y otro más amplio para determinar la modalidad de reparación. Parecería que, si aceptamos que la sentencia de reparación puede abarcar a todas las víctimas, aun a aquellas que no accionaron judicialmente, entonces habría que aceptar un concepto reducido y otro amplio de víctima ante la CPI. Todo indica que el estatus de víctima (que merece y tiene derecho a la reparación del daño) es distinto al estatus de víctima derivado de la imputación penal; por eso, la reparación puede abarcar a otras personas (víctimas) además de la víctima que interviene en el proceso.

5. Este sistema del ER abre las puertas a la aceptación de formas simbólicas de reparación, de modo de englobar por medio de distintas medidas de reparación moral a la mayor cantidad posible de víctimas, incluyendo o abarcando a todas aquellas que no hayan podido presentarse formalmente durante el procedimiento ante la CPI o que no hayan sido incluidas en los hechos investigados y la requisitoria del fiscal. La reparación simbólica será el antídoto de las situaciones de injusticia que pueda provocar la selectividad penal que no depende de razones de *justicia abstracta* y/o no responde a un fin restaurativo de las relaciones sociales (reparación del daño, pacificación, reconciliación) sino del *interés de la justicia*, que no parece ir más allá de específicas situaciones y condiciones de tiempo, lugar y presupuesto del sistema penal internacional,¹⁰⁸ como quedó

¹⁰⁸ La literatura es conteste en que la reparación simbólica cumple un papel fundamental en sociedades divididas por graves violaciones a los derechos humanos o por conflictos armados, pues ofrece símbolos y narrativas que pueden colaborar con los procesos de pacificación y reconciliación. Esta forma de reparación ha devenido en el más político de todos los mecanismos de JT, pues permite ver la realidad con distintas perspectivas y aplicar para su

demostrado en el caso *Lubanga* con la selectiva imputación de cargos solicitada por la Fiscalía.

6. En tanto la reparación de la víctima se vincule con los postulados de la JT y de la JR, se puede decir que la reparación del daño estará estrechamente vinculada al conocimiento de los hechos (verdad) y al acceso de la víctima a la justicia.¹⁰⁹ Ello indica que resulta esencial para reparar a las víctimas que ellas tengan facilitado el acceso a la justicia nacional e internacional. En lo que refiere al caso *Lubanga*, no todas las víctimas pudieron acceder a la justicia, y menos cantidad de víctimas fueron aun consideradas por la Fiscalía de la CPI al momento de los cargos contra Lubanga. De este modo, muchas víctimas solo pudieron ser reparadas gracias a la intervención general del Fondo de Reparaciones. Así las cosas, la reparación se vio doblemente limitada: por problemas de representación de las víctimas (acceso a la justicia) y por la mecánica propia del procedimiento penal (selectividad), lo que influyó negativamente en la posibilidad de reparación de las personas que sufrieron los crímenes sexuales. La selectividad penal, entonces, parece ser un escollo para la reparación de las víctimas ante la CPI.¹¹⁰

7. Si tenemos en cuenta que la orden de reparación emanada de la CPI que habilita la intervención del Fondo de Reparaciones depende de la situación procesal del autor de los crímenes, así como el hecho de que por lo general estos criminales son (o se declaran) indigentes, en lo que refiere a la reparación de las víctimas se puede sostener que el Fondo de Reparaciones parece ser el mecanismo de JT más importante en el orden jurídico penal internacional. La sentencia *Lubanga* demuestra la importancia

elaboración variadas formas políticas. Véase Brown, o. cit., p. 281. Ahora bien, cabe recordar que cualquier proceso de conmemoración y "memorización" puede traer consigo solidaridad, pero no tiene por qué traer además consenso. *Ibidem*, p. 276.

¹⁰⁹ Según la CPI la reparación puede colaborar con la tarea de hacer justicia y con los fines preventivos que caracterizan al sistema penal, así como cumplir con uno de los objetivos de la JR y de la JT como es la reconciliación social: "*Reparations in the present case must – to the extent achievable – relieve the suffering caused by these offences; afford justice to the victims by alleviating the consequences of the wrongful acts; deter future violations; and contribute to the effective reintegration of former child soldiers. Reparations can assist in promoting reconciliation between the convicted person, the victims of the crimes and the affected communities*". Ver ICC-01/04-01/06-2904, § 179.

¹¹⁰ La CPI debería evitar la repetición de históricos errores del sistema penal internacional en cuanto a clasificar de forma tácita a las víctimas en "víctimas de primera y segunda clase", como aconteció con las reparaciones a las víctimas del holocausto luego de la Segunda Guerra Mundial. En relación con los peligros de la selectividad penal para con la reparación, Bock, "Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren", o. cit., pp. 301 ss. Sobre los límites a la justicia para la elaboración de los crímenes del pasado, Tzvetan Todorov, "Los límites a la justicia", en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales* (trad. Horacio Pons), Bogotá: Norma, 2004, pp. 53 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

que tiene para la reparación de las víctimas de crímenes internacionales el componente simbólico. Las formas simbólicas de reparación (como la propia sentencia con su función de publicidad-reparadora) son de gran importancia para reconocer el injusto y la condición de víctima. Estas formas de reparación simbólica sumadas a las formas masivas de rehabilitación y compensación serán un componente básico para la pacificación social y para la reconciliación entre víctimas, autores y la sociedad en general.¹¹¹ De algún modo el Fondo de Reparaciones mantendrá vivo el sentido y la credibilidad de la reparación en el sistema penal internacional. Desde un punto de vista material, considerando la indigencia de muchos criminales sometidos a la CPI, la reparación de las víctimas parece estar destinada a provenir de la intervención masiva y de asistencia general del Fondo de Reparaciones. Pero ello no resta importancia a la “orden de reparación” que la CPI pueda imponer al autor del crimen internacional, puesto que muchos criminales internacionales, además de tiranizar a sus pueblos, se enriquecen a su costa, de modo que la reparación material de las víctimas puede también jugar un papel de importancia al momento de “hacer justicia”.

8. La sentencia de reparación del caso *Lubanga* es un mojón de importancia en el largo camino de la lucha por los derechos de las víctimas de las más graves violaciones contra los derechos humanos y un paso adelante en la consideración de la reparación, junto con las penas para el cumplimiento de una función reparadora del sistema penal.¹¹²

¹¹¹ De la misma opinión, Bock, “Wiedergutmachung im Völkerstrafverfahren”, o. cit., p. 300. Es interesante ver el descontento entre los abogados defensores de Lubanga y los representantes de las víctimas con el fallo de reparación, apelado por ambas partes. *Ibidem*, p. 320.

¹¹² Como dice la CPI, el sistema de reparación introducido por el ER es fiel reflejo del gran reconocimiento que existe en el sistema internacional de que hay una necesidad de ir más allá de la noción de justicia punitiva para alcanzar soluciones más inclusivas que favorezcan la participación y que permitan brindar un remedio efectivo a las víctimas. Véase ICC-01/04-01/06-2904, § 177. Este tipo de soluciones inclusivas para los conflictos más graves también ha sido propuesta por mí en Galain Palermo, *La reparación del daño...*, o. cit., pp. 306 ss.